

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO LXXIII

MMXX



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE JUSTICIA

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,  
RELACIONES CON LAS CORTES  
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

**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 LXXIII  
MMXX

MINISTERIO DE JUSTICIA  
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,  
RELACIONES CON LAS CORTES  
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA  
Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2020

<http://cpage.mpr.gob.es>

---

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley.  
Reservados todos los derechos.

---

ISSN: 0210-3001  
ISSN de la edición en línea, pdf: 2659-899X  
NIPO (AEBOE): 090-20-214-5 (edición en papel)  
090-20-215-0 (edición en línea, pdf)  
NIPO (M.º de Justicia): 051-15-011-7 (edición en papel)  
051-15-048-0 (edición en línea, pdf)  
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. Miguel Bajo

(Oviedo, 24 de febrero de 1945 - Madrid, 4 de abril de 2019)

Hace ya un año de aquel triste día, en que amanecíamos con la noticia de que el profesor Miguel Bajo nos había dicho *adiós*. Aún resulta difícil asimilar su ausencia. Su presencia, sin embargo, es y estará siempre. Tuve la gran suerte de contar con sus enseñanzas como estudiante de doctorado y desarrollar posteriormente mi formación académica junto a un gran penalista que vivía el Derecho con pasión y disfrutaba profundamente de la discusión. Su capacidad de trabajo era indescriptible y difícil de alcanzar. Como *maestro*, su generosidad académica fue una característica que enseguida llamaba la atención, no solo por aceptar posiciones dogmáticas distintas, sino porque nunca hacía uso ni imponía su autoridad académica para mantener la razón. Al contrario, la única autoridad eran los argumentos mejor fundados. Abierto a aceptar opiniones y posturas distintas a las suyas, siempre que el *contrincante* tuviera la capacidad de exponer su postura sin fisuras y, sobre todo, de resistir a la agudeza con la que siempre tenía un argumento más para confrontar. Esa forma de ser, siempre accesible y cercano, también la demostraba en las aulas con sus estudiantes. Asistir y compartir con él sus cursos de Derecho penal económico fueron otra parte importante de sus enseñanzas. Sus cualidades docentes y la pasión con que transmitía sus explicaciones eran comprensibles al ver el aula llena de estudiantes disfrutando e interviniendo con preguntas a aquellas primeras horas intempestivas de la mañana en que impartía sus clases.

Para los más jóvenes penalistas que no han tenido la oportunidad de seguir su trayectoria académica y conocerlo más de cerca, éste es un buen momento para recordarlo. Como él mismo contaba, su pasión por el Derecho y, en particular, por el Derecho penal, surgió desde muy pronto cuando siendo estudiante en la Universidad de Oviedo asistía a las clases del profesor Juan Córdoba. Allí también conocería a quien sería su admirado y querido maestro, el profesor Gonzalo Rodríguez Mourullo. En 1967 Miguel Bajo se licenciaba obteniendo

el *Premio Extraordinario de licenciatura*. Comenzó de forma inmediata a impartir clases prácticas en la cátedra del profesor Rodríguez Mourullo y sus enseñanzas marcaron toda su formación académica.

Por indicación de su maestro, inicia la realización de su tesis doctoral sobre el parentesco en el Derecho penal estudiando la doctrina alemana. En 1969-70 es becado por el DAAD para realizar una estancia de investigación en el *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* de Freiburg im Breisgau, donde trabajó en el desarrollo de su tesis doctoral y asistió a los seminarios de los profesores Jescheck y Würtenberger en la Universidad de Freiburg.

A su regreso a España se incorporó, también por invitación de su maestro, como ayudante a la recién inaugurada Facultad de Derecho de la *Universidad Autónoma de Madrid*. A su llegada a la Universidad Autónoma se reencuentra con su antiguo profesor de la Universidad de Oviedo, el profesor Aurelio Menéndez, quien había sido nombrado Decano comisario de la nueva Facultad de Derecho. La Universidad Autónoma de Madrid nacía como un moderno modelo de Universidad, con un elenco de jóvenes profesores sobresalientes que acuñaron el prestigio y la excelencia de esta Universidad. Miguel Bajo contaba que, junto con su maestro, el profesor Menéndez fue uno de los juristas que más habían influido en su trayectoria profesional. Dicho contacto personal marcó también una especial relación con todos los integrantes del departamento de Derecho mercantil de la Facultad de Derecho de la UAM.

Tras defender su tesis doctoral y obtener el título de doctor –también con *Premio Extraordinario*– se presentó a las oposiciones de profesor adjunto y, luego, a la de profesor agregado. Durante aquellas oposiciones conoce al profesor Luis Rodríguez Ramos y comienza una intensa amistad académica y personal que perduraría sin fisuras hasta el final. Coinciden en las dos oposiciones. Ambos obtienen al mismo tiempo las dos oposiciones en 1975. En la oposición de profesores agregados obtiene el número uno y elige la plaza de Valladolid, donde permaneció de enero a junio. Tras aquel breve paso por la Universidad de Valladolid, regresó en septiembre de ese mismo año de nuevo a la Universidad Autónoma de Madrid, para ocupar esta vez la plaza de catedrático hasta su jubilación en el curso académico 2015/2016.

En 1977 Miguel Bajo publica un trabajo sobre *El contenido de injusto en el delito de quiebra*, incurso en lo que ya sería objeto de su atención académica hasta el final: el *Derecho penal económico*. En 1978 publica el primer tratado en lengua castellana sobre la materia, *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*.

Fue la primera obra en español que ofrecía un estudio completo, sistemático y coherente del Derecho penal económico y no tardó en convertirse en una obra de referencia. La reforma del Código penal de 1995 y su visión para que se incorporara a los nuevos planes de estudio una asignatura específica de Derecho penal económico daba pie para una nueva obra, *Derecho penal económico* (1.<sup>a</sup> ed. 2001, 2.<sup>a</sup> ed. 2010). Con extraordinaria generosidad académica me ofreció participar como coautora en esta nueva obra. Por otro lado, a mediados de los ochenta había publicado también su *Manual de Derecho penal-Parte Especial*, en varios tomos, dando lugar a otra obra de referencia, siempre con el sello de rigor científico y profundidad de análisis. Sus diversas actualizaciones con sus compañeros de la Universidad Autónoma –Mercedes Pérez Manzano, Carlos Suárez González, Enrique Peñaranda y Julio Díaz-Maroto– la convirtió en una obra presente en la formación de muchos juristas. Luego vendrían otras muchas contribuciones de una larga lista de artículos y libros.

Con la dirección directa y siempre cercana de su maestro Rodríguez Mourullo, discurrió la evolución de su tarea docente y de su investigación. Por su recomendación formó parte como vocal en 1979 de la Comisión de Codificación, adscrita a la Sección IV de Derecho Penal del Ministerio de Justicia, para la elaboración del Proyecto de 1980. Fue Secretario General y luego director en funciones del Instituto de Estudios Jurídicos. Este prestigioso Instituto sólo tenía fondos para mantener unas cuantas revistas jurídicas y, entre ellas, la prestigiosa publicación periódica jurídico-penal: el *Anuario de Derecho penal*, hoy dirigida por su querido amigo y colega, el profesor Enrique Gimbernat. En este *Anuario de Derecho penal*, Miguel Bajo publicó sus más trascendentes trabajos de investigación sobre materias como el concepto de injusto, la disponibilidad de la propia vida, delitos societarios, delito fiscal, delito de quiebra, blanqueo de capitales, la imputabilidad, la realización arbitraria del propio derecho, el tribunal de jurado y una larga lista de contribuciones.

En los años 80 decide seguir los pasos de su maestro y comienza el ejercicio de la profesión, sin abandonar nunca su dedicación a la Universidad. Comienza otra faceta profesional importante en su trayectoria: la de brillante abogado especialista en los temas de Derecho penal económico a los que tantos años de estudio había dedicado. Interviene en los más relevantes casos de cada época: *Palazón*, *Rumasa*, *Ibercorp*, *KIO*, *PSV*, *Gescartera*, *Urbanor*, entre tantos otros, y hasta el final de su vida actuó en los casos más relevantes y de actualidad. También en el ejercicio profesional impuso su rigor, su profesionalidad e infatigable dedicación. Precisamente, esta faceta, como no se



cansaba de recordar, era la que le ofrecía el mejor banco de pruebas para las teorías desarrolladas en sus obras y era la gran fuente de inspiración para toda su actividad investigadora.

Su pensamiento, reflejado en sus publicaciones, ha girado siempre sobre una idea fundamental y punto de partida de todas sus aportaciones académicas: la idea de que el jurista ha de entender el Estado y el Derecho con estricto respeto a la libertad individual. Ello lo condujo a una clara preocupación por la certeza de la norma, la defensa del ciudadano frente al poder en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho y la inquietud por cuestiones éticas cardinales del Derecho penal como la defensa de los derechos fundamentales, el conflicto entre los intereses públicos y privados, la garantía frente al poder político, el carácter sagrado del derecho de defensa, el desdén a la ilicitud de la prueba y la devoción por un proceso con todas las garantías de un Estado de derecho, entre otras cuestiones relevantes.

Todos estos principios aparecen en diversas publicaciones como fundamento de su pensamiento cuando, por ejemplo, se pronuncia sobre los derechos a la propia vida frente al poder político o a la libertad religiosa. Con la publicación del estudio sobre el estado de necesidad y los testigos de Jehová o la huelga de hambre en las prisiones fue uno de los primeros penalistas españoles en colocar la problemática del derecho fundamental a la vida en una plataforma comparativa con los deberes del Estado de respetar los derechos fundamentales de autodeterminación, propugnando de esta manera la protección de la libertad como valor fundamental.

Con estas breves notas sobre su trayectoria académica y su obra, quiero rendir un pequeño homenaje a la memoria de un gran maestro, así como expresar el afecto al amigo que seguirá estando presente entre nosotros. *Gracias, querido Miguel, por tu magisterio y seguir acompañándonos con tu sonrisa y generosidad de siempre.*

SILVINA BACIGALUPO

Catedrática de Derecho penal  
Universidad Autónoma de Madrid.

En defensa de la teoría de la imputación objetiva  
contra sus detractores y –también– contra algunos  
de sus partidarios \*

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universidad Complutense de Madrid

**RESUMEN**

*Concebido inicialmente como introducción a la publicación de un conjunto de artículos, el presente trabajo analiza, de la mano de diversos supuestos problemáticos, el contenido y finalidad de la teoría de la imputación objetiva, rebatiendo algunas de las críticas que a dicha teoría se han opuesto por algunos sectores de la doctrina contemporánea.*

*Palabras clave: causalidad, imputación objetiva, prohibición de regreso, disminución del riesgo.*

---

\* La editorial CDS, de Porto Alegre (Brasil), ha publicado, en 2019, mi obra *Imputação Objetiva no Direito Penal*, organizada, traducida al portugués y presentada por mi querido amigo y compañero el profesor Pablo Rodrigo Alflen. En ese libro se recogen, en versión portuguesa, mis trabajos: *¿Qué es la imputación objetiva?*; *Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida*; *Fin de protección de la norma e imputación objetiva*; *A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad*; *El caso de los perseguidores*; *Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo*; *Comportamiento alternativo conforme a Derecho y omisión impropia*; y *De nuevo sobre la heteropuesta en peligro consentida*.

El presente trabajo constituye mi Prólogo a esa *Imputação Objetiva no Direito Penal*, en la que se vierten al portugués mis artículos mencionados.

## ABSTRACT

*Initially conceived as an introduction to the publication of a set of articles, the present work analyzes, along with various problematic assumptions, the content and purpose of the theory of objective imputation, confronting some of the criticisms that have opposed this theory by some sectors of contemporary doctrine.*

Key words: *causation, objective imputation, prohibition of return, reduction of risk.*

### I

1. ¿Por qué existen acciones dolosas o imprudentes causantes de un resultado típico, cuyos autores, sin embargo, no responden criminalmente –por ausencia de tipicidad– de las mismas? Ésta, y no otra, es la pregunta a la que trata de contestar, con argumentos racionales y razonables, la teoría de la imputación objetiva.

2. Para acudir a unos viejos y bien conocidos ejemplos: Si un sujeto dispara contra otro para matarle, o atropella a la víctima imprudentemente, y ésta fallece, bien porque la ambulancia que le traslada al hospital sufre un accidente mortal, bien a consecuencia de un incendio que se declara en el hospital al que se le ha llevado para su curación, existe un amplio acuerdo en que los respectivos autores del disparo o del accidente no deben responder por la producción del resultado mortal. Pero ¿cómo fundamentar esta solución absolutoria? Porque, que en un caso el autor ha disparado *con dolo de matar* y, en el otro, que ha provocado *imprudentemente* heridas que pueden ser incluso de extrema gravedad, es algo que difícilmente se puede poner en cuestión.

Podría acudirse entonces al argumento de que –sin negar la presencia en el autor de dolo o, en su caso, de imprudencia– el motivo por el que debe excluirse la responsabilidad penal del autor correspondiente es la de que éste, en realidad, *no ha causado el resultado*. Y es, en efecto, a este argumento –*al de la no existencia de relación de causalidad* entre las acciones dolosas o imprudentes y los resultados mortales acaecidos– al que tanto la jurisprudencia como la doctrina acudieron –de la mano de teorías causales como la de la adecuación, la de la relevancia o la de la interrupción del nexo causal–, desde finales del siglo XIX hasta bien avanzado el XX, para fundamentar por qué los correspondientes autores dolosos o imprudentes no se habrían hecho responsables de las muertes de las víctimas fallecidas en acci-

dentes de ambulancias o calcinadas en el incendio del hospital en cuestión. Pero este argumento de la ausencia de relación de causalidad, para fundamentar la no responsabilidad de estos autores por los resultados típicos de muertes sobrevenidas, dejó de tener vigencia alguna cuando la jurisprudencia y la doctrina, desde hace ya bastantes décadas, desecharon la validez de esas teorías causales que acabo de mencionar, para llegar a la conclusión de que la única doctrina causal ontológicamente correcta –porque la causalidad es un concepto ontológico físico-natural– era la de la *conditio sine qua non*. Y como, tanto en el caso del disparo doloso, como en el del atropello imprudente, los autores habían colocado una condición sin la cual no se habría producido el resultado mortal final, de ahí que tampoco se pudiera fundamentar la no responsabilidad de los autores en estos casos apelando a que, en realidad, no habían causado el resultado (1).

3. Vuelvo a cuál es el contenido y la razón de ser de la teoría de la imputación objetiva. Esta sólo entra en juego cuando se ha comprobado que el autor doloso o imprudente ha causado (condicionado) un resultado típico. Porque si la conducta no es dolosa ni imprudente o porque, siéndolo, no ha causado el resultado típico, entonces ello basta y sobra ya para afirmar la no-tipicidad de ese comportamiento, puesto que en él falta alguno de los elementos subjetivos (dolo o, en su caso, imprudencia) u objetivos (relación de causalidad) de la tipicidad. Sólo cuando se ha constatado la existencia de un comportamiento doloso o imprudente causante (condicionante) de un resultado típico es cuando se plantea (como último requisito de la tipicidad objetiva) si ese resultado típico le es imputable objetivamente, o no, a quien lo ha causado con dolo o imprudencia. (En el caso del comportamiento doloso, si el resultado no se ha causado, entonces es obvio que no se puede imputar objetivamente un resultado no sobrevenido, sino que únicamente podría entrar en juego la eventual responsabilidad del autor por una tentativa de delito).

4. Las primeras críticas que se formularon contra la teoría de la imputación objetiva procedían de la escuela finalista. Pero ello obedeció, fundamentalmente, a que la teoría de la imputación objetiva iba desplazando, poco a poco, como tal vez el tema central de la teoría del delito, a la discusión sobre el concepto de acción, algo que, comprensiblemente, esa escuela se resistía a aceptar. Y así, un penalista tan eminente de la escuela de Welzel, como lo fue Armin Kaufmann

---

(1) Ampliamente sobre la evolución del problema causal en Derecho penal, sobre las distintas teorías causales y sobre el triunfo final de la hoy dominante teoría de la condición, GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 3.ª ed., B de F, Buenos Aires y Montevideo 2007, *passim*.

–y también su discípulo *Struensee*– han escrito páginas muy críticas –y agudas– contra la teoría de la imputación objetiva; y otra gran figura de la ciencia penal, como el finalista Hirsch, enemigo desde un principio del criterio de la imputación objetiva, solo al final de su vida, y con muchas limitaciones, dio entrada en sus últimos escritos a algunos de los postulados de esa teoría. En cualquier caso, lo cierto es que –para disgusto de la escuela finalista– las miles de páginas que antes se dedicaban a la teoría de la acción han sido desplazadas, actualmente, por las igualmente miles de páginas que hoy tienen como materia de estudio a la imputación objetiva. Algo que, como he tratado de demostrar en algunos de los artículos que se recogen en el presente volumen, *es la ubicación correcta del problema*, pues ni el concepto predominantemente ontológico de la acción, ni el exclusivamente ontológico de la causalidad, pueden resolver satisfactoriamente casos como los que integran la imputación objetiva, que sólo pueden encontrar una respuesta –y fundamentación– adecuadas sobre la base de los *criterios normativos* con los que opera dicha teoría.

## II

1. Ciertamente que la teoría de la imputación objetiva, cuyos comienzos hay que situarlos en los años 60 del siglo pasado, se ha acabado convirtiendo, con el transcurso del tiempo, en una teoría dominante tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. Pero no por ello se puede ocultar que no todos aceptan esta teoría, a la que objetan que constituye una amalgama caótica de criterios valorativos inconexos, cuyo número, según quién o quiénes sean los que la defienden, se extiende o se reduce como un acordeón; y no la aceptan, entre otras razones, porque algunos partidarios de la misma la han desnaturalizado, contribuyendo, con ello, a que se haya convertido en una doctrina tan abstrusa que ha dificultado la comprensión de lo que realmente significa el concepto, en el fondo relativamente sencillo, de lo que es la imputación objetiva.

2. A pesar de todas las resistencias que se han opuesto –y se siguen oponiendo– a la teoría de la imputación objetiva, y a pesar de su cada vez mayor aceptación, hay que reconocer que, actualmente, sigue reinando una gran confusión sobre el contenido y los límites de esta teoría, no sólo en relación al número –más o menos extenso– de grupos de casos y de criterios que forman parte de la imputación objetiva, sino también a cómo fundamentar la razón de tales criterios, algo

que también ha contribuido a crear confusión sobre el alcance, contenido y justificación de los distintos *topoi* de la imputación objetiva.

3. Un primer factor que ha contribuido a ese enturbiamiento de la imputación objetiva procede de *Jakobs* y de su escuela: a su fundamentación predominantemente sociológica de la teoría de la imputación objetiva se opone la fundamentación estrictamente jurídica de Roxin –aunque este autor no siempre ha podido sustraerse a los criterios sociológicos de *Jakobs*–, Rudolphi, Schünemann y del autor del presente Prólogo.

*Jakobs* no ha inventado la teoría de la imputación objetiva –ni siquiera se encuentra entre sus primeros cultivadores–, porque cuando *Jakobs* se empieza a ocupar de ella, esta teoría ya había hecho su aparición en la dogmática penal de la mano de los autores que acabo de mencionar, partidarios de una fundamentación estrictamente jurídica de esta teoría. Pero son tan numerosos los escritos sobre la imputación objetiva debidos a la autoría de *Jakobs* –la mayoría de ellos traducidos al español por algunos de los muchos discípulos castellanohablantes de *Jakobs*–, y que han encontrado una enorme difusión tanto en Alemania como en los países de lengua española, que se ha creado la falsa impresión de que *Jakobs* cuenta como uno de sus fundadores. En realidad, sin embargo, y como expongo también en algunos de los artículos que componen este libro, *Jakobs* desnaturaliza el contenido de la imputación objetiva, sustituyendo los *criterios jurídicos*, que en su origen eran los únicos que servían para fundamentar la presencia o ausencia de imputación objetiva, por otros de *carácter sociológico*, de un contenido tan indeterminado que con ellos se puede llegar a cualquier solución: el *concepto sociológico del rol* –que para *Jakobs* constituye el núcleo de la imputación objetiva– carece de cualquier contorno delimitado, por lo que con él, y como asimismo se trata de explicar en este libro, se puede fundamentar un resultado o el contrario sobre la ausencia o la presencia de la imputación objetiva de un resultado en cualquiera de los grupos de casos que se incluyen dentro del campo de dicha teoría.

Si acudimos, por ejemplo, al caso del cliente de una prostituta, la cual, *teniendo conocimiento de su enfermedad, oculta a aquel que es portadora del VIH*, resultando infectado el cliente al mantener con ella una relación sexual, *Jakobs* opina que el resultado de la transmisión de la enfermedad *no le es imputable objetivamente a la prostituta causante imprudente de la lesión*, algo que *Jakobs* fundamenta en que en el *rol (sociológico)* del hombre que busca un contacto sexual mercenario figura, como una de las competencias pertenecientes a dicho rol, la de autoprotegerse, es decir: la de cuidar de su propia salud,

razón por la cual es a él, y sólo a él –con exclusión de a la prostituta–, a quien hay que atribuir objetivamente el menoscabo producido en su salud. Pero ¿cómo se puede decir, en serio, que existe, en alguna parte del mundo de las normas, un concepto del rol del cliente de la prostitución que le atribuye una competencia de autoprotección? Como ese supuesto rol del cliente de la meretriz en realidad no existe en ninguna parte –porque, si se afirma su existencia, se tendría que indicar a qué complejo de normas hay que acudir para determinar cuáles son su concepto y contenido precisos–, de ahí que al mencionado y supuesto rol se le pueda atribuir el contenido que uno quiera, con lo que la presencia o ausencia de imputación objetiva depende de una arbitrariedad no controlable racionalmente, e inaccesible a cualquier clase de argumentación.

Por todo ello, Jakobs es uno de los responsables de la confusión reinante en torno a la imputación objetiva, al hacer depender su presencia o ausencia de consideraciones sociológicas carentes de contornos y, por ello, inaccesibles a cualquier clase de argumentación racional. Frente a esta posición sociológica de Jakobs hay que mantener que el fundamento de cuándo concurre o no la imputación objetiva –y, si no concurre, con la consecuencia de la ausencia de tipicidad del comportamiento doloso o imprudente causante de un resultado típico– es un fundamento que sólo tiene validez si se argumenta con razonamientos de carácter jurídico, pues son esos razonamientos los únicos que, en cuanto que apelan a los métodos de interpretación del Derecho, pueden ser asumidos o rebatidos sobre la base de una discusión racional informada por la metodología de la dogmática jurídico-penal.

4. Por algunos autores, como, por ejemplo, Roxin, Rudolphi, Jescheck y Bacigalupo, se mantiene que, si el autor ha causado un resultado típico, *a pesar de haber observado el riesgo permitido* –por ejemplo: el conductor de un automóvil marcha a la velocidad permitida, guardando todas las reglas de la circulación vial, y, no obstante, atropella y mata a un peatón que, al cruzar la autopista, cae bajo las ruedas del vehículo–, el *motivo* por el cual no existe responsabilidad penal es, siempre según esos autores, *el de que ese resultado no le es imputable objetivamente al conductor*.

Al introducir un criterio en la imputación objetiva: el de la observancia de las reglas de diligencia, siendo así que esa responsabilidad queda *ya* excluida por la definitiva razón de que, si se causa un resultado lesivo, a pesar de haber actuado dentro del riesgo permitido, ese comportamiento *no es imprudente*, y, por consiguiente, falta, con ello, el elemento subjetivo del tipo imprudente, estos autores están contribuyendo también a *distorsionar* el verdadero concepto de imputación

objetiva, en cuanto que se le atribuye a ésta un elemento –el de la observancia del riesgo permitido– que no tiene nada que ver con la imputación objetiva, sino con el concepto de imprudencia; como he escrito en uno de los trabajos contenidos en este libro: «Para el viaje de explicar por qué lo que no es acción o no es causante del resultado típico o no es doloso (en los tipos dolosos) o no es imprudente (en los tipos imprudentes), no es tampoco típico, no se necesitan las alforjas de la imputación objetiva: esas alforjas se necesitan para el viaje de explicar por qué lo que es acción (dolosa o imprudente) causante del resultado típico, a veces, y no obstante, tampoco es típico».

Resumo, por ello, cuál es el campo de aplicación de la imputación objetiva: se trata de un criterio normativo (y más concretamente: jurídico) que entra en juego para determinar si, una vez que se ha comprobado que un comportamiento doloso o imprudente ha causado un resultado lesivo, no obstante, no puede considerarse típico porque ese resultado no le es objetivamente imputable al autor.

5. Como la conclusión a la que se llega cuando se afirma la ausencia de imputación objetiva es la de la no responsabilidad del autor por falta de tipicidad, ante un problema penal de difícil solución a menudo la doctrina –y también la jurisprudencia– fundamentan la absolución del autor, *sin más, y sin ulteriores explicaciones*, acudiendo a la novedosa –y para muchos misteriosa– imputación objetiva, negando su presencia en un caso concreto.

Pero en Derecho lo decisivo no es defender una determinada solución para un problema jurídico –una solución que se puede haber alcanzado intuitivamente, siendo así que la intuición no siempre es una buena consejera–: lo decisivo, y lo único racionalmente admisible, es explicar *por qué* se ha alcanzado esa solución.

Al negar en un caso concreto la ausencia de responsabilidad, fundamentándolo, siguiendo la moda, en un supuesto concepto etéreo e indeterminado de la imputación objetiva, se está contribuyendo también al descrédito de esta teoría, favoreciendo, así, las críticas que se dirigen contra la misma.

Un ejemplo de lo que acabo de exponer se encuentra en la resurrección por muchos partidarios de la teoría de la imputación objetiva del viejo «*Regressverbot*» («prohibición de regreso») de Frank, según el cual, si entre la acción del primer autor y el resultado final se ha interpuesto el comportamiento doloso o imprudente de una tercera persona imputable, entonces está prohibido «regresar» al primer autor, que, en consecuencia, debe ser absuelto (2).

---

(2) Cfr. FRANK, *StGB*, 18 ed., 1931, pp. 14/15



Pero frente a esta estereotipada doctrina de la «prohibición de regreso» –que muchos incluyen como uno de los criterios de la imputación objetiva–, hay que oponer que carece de cualquier clase de fuerza de convicción si no se expone *cuáles son los argumentos* que explican racionalmente *por qué* está prohibido «regresar» al primer autor.

En realidad, la «prohibición de regreso», así, sin más, como supuesta parte integrante de la imputación objetiva, lleva a menudo a resultados erróneos: como he tratado de demostrar con argumentos jurídicos en mi monografía «Cursos causales irregulares e imputación objetiva» (3), dependiendo de cómo están estructurados los distintos grupos de casos en los que el resultado típico es causado, además de por el primer autor, también por el comportamiento doloso o imprudente de un segundo autor que se interpone posteriormente entre la conducta de aquél y el resultado final, en algunos supuestos –y en contra de lo que predica la «prohibición de regreso»– sí que responderá también el primer autor y en otros supuestos, sin embargo, estará exento de responsabilidad por ausencia de imputación objetiva. En cualquier caso, la integración de la «prohibición de regreso» en la imputación objetiva es un cuerpo extraño en esta teoría que, impensadamente, ha resucitado una vieja doctrina de Frank que estaba enterrada y bien enterrada.

También esta acrítica asunción de la «prohibición de regreso» en la imputación objetiva –sin que se aporte argumento alguno que justifique esa prohibición– ha contribuido a difuminar el contenido de esta teoría, facilitando así su incomprensión y dando argumentos, con ello, a quienes rechazan la teoría de la imputación objetiva.

6. Tampoco ha contribuido a clarificar la definición de la imputación objetiva introducir en su concepto por *Roxin*, como uno de sus criterios, el de la «disminución del riesgo». Según *Roxin*, si alguien ve como cae una piedra sobre la cabeza de un viandante y la deriva, consiguiendo que impacte sobre una parte menos peligrosa del cuerpo –por ejemplo, sobre el hombro–, entonces el causante de la lesión menos grave no respondería por ausencia de imputación objetiva (4). Sin embargo, contra el criterio de la disminución del riesgo como integrante de la imputación objetiva hay que objetar –de acuerdo con las críticas formuladas tanto por partidarios como por enemigos de la teoría de la imputación objetiva– que en estos casos no estamos ante un problema de tipicidad –ni, por tanto, ante uno de imputación objetiva–, ya que el autor ha causado dolosamente la lesión de otra per-

---

(3) B de F, Montevideo-Buenos Aires 2011, 125 pp.

(4) *Cfr.* sólo ROXIN, AT I, 4.<sup>a</sup> ed., 2006, § 11 n. m. 53.

sona, cumpliendo, con ello, el tipo de las lesiones, sin que pueda vislumbrarse ningún argumento de carácter normativo que pueda fundamentar la ausencia de tipicidad del comportamiento. La razón por la cual el autor de la lesión no responde –porque, efectivamente, no responde– hay que buscarla, tal como se ha señalado, con razón, por un sector de la doctrina, en la exclusión de la antijuridicidad de una conducta en sí típica: sobre la base del *principio de ponderación de bienes*, el autor ha causado dolosamente una lesión en el hombro para evitar un mal mayor: la mucho más peligrosa lesión que se habría producido si la piedra hubiese impactado contra la cabeza de la víctima, por lo que la antijuridicidad de la lesión típica realmente causada queda excluida por la presencia de un estado de necesidad.

Como era de esperar, esta intromisión de criterios de antijuridicidad en la teoría de la imputación objetiva (en definitiva, en el concepto de tipicidad) ha dado pie a que los críticos de la imputación objetiva hayan encontrado ulteriores argumentos para combatirla.

### III

1. Hasta aquí una serie de consideraciones, casi todas de carácter abstracto, sobre la teoría de la imputación objetiva, sobre la confusión –a veces propiciada por sus propios defensores– de cuál es su contenido y alcance, así como sobre las críticas que un importante –pero minoritario– sector de la doctrina dirige contra ella.

Pero este libro trata, predominantemente, no de cuestiones abstractas, sino de las muy concretas de cómo decidir sobre la presencia o ausencia de imputación objetiva –y, en este último caso, consiguientemente, sobre la ausencia de tipicidad– en conductas dolosas o imprudentes causantes de resultados lesivos.

2. Para llegar a una conclusión sobre si, en los grupos de casos concretos, falta la imputación objetiva acudo en este libro a toda clase de argumentos estrictamente jurídicos. Y, así, se opera con el del fin de protección de la norma, es decir: con una interpretación teleológica, que trata de desentrañar qué resultados concretos quiso evitar el legislador cuando estableció una determinada prohibición, de tal manera que si el resultado producido no es uno de los que esa norma quiso impedir, entonces es obvio que cae fuera del ámbito de lo prohibido y es, por consiguiente, atípico. En otras ocasiones la solución se alcanza sobre la base de un argumento *a maiore ad minus* –si lo más grave no está prohibido, tampoco puede estar prohibido lo menos grave–, partiendo de que, si la participación imprudente en un suicidio o en una

autolesión dolosa no es punible según el Código Penal, entonces con mayor motivo tampoco puede ser punible la participación imprudente en una automuerte o autolesión imprudentes; dentro de esta conexión dedico una especial atención, por su gran importancia práctica, a determinar si es punible o no la transmisión del sida por vía sexual cuando la persona sana conocía que su pareja sexual era portadora del VIH. Para otros grupos de casos se opera con el principio *cogitationis poenam memo patitur*, en el sentido de que la mera intención de producir un daño no puede ser punible si la acción dolosa con la que se pretende alcanzar ese objetivo se mantiene dentro del riesgo permitido. Finalmente, y por sólo mencionar otro de los problemas que deben ser solucionados dentro de la imputación objetiva, también se razona qué teoría debe prevalecer: la de la evitabilidad o la del aumento del riesgo, en los casos en los que, a pesar de haber causado imprudentemente un resultado típico, ese mismo resultado se hubiera producido también con seguridad, o probable o posiblemente, si el autor hubiera ejecutado el comportamiento alternativo conforme a Derecho.

3. No se ha podido recoger en este libro, porque sobre esa cuestión no me he manifestado en ningún artículo, sino solamente en una monografía (5), qué solución debe darse, de la mano de la imputación objetiva o de otras consideraciones jurídicas distintas, según los diferentes grupos de casos que pueden construirse, a aquellos supuestos en los que entre la acción dolosa o imprudente iniciales y el resultado típico final se ha interpuesto la conducta dolosa, imprudente o fortuita de un tercero, o de la propia víctima, o bien ha contribuido a la producción de ese resultado final una predisposición física desfavorable del sujeto pasivo del delito.

4. Independientemente de si se está o no de acuerdo con las soluciones que propongo, creo que el presente libro puede servir, para quien tenga la paciencia de leerlo, para dar a conocer al lector, en relación con una teoría tan importante dogmáticamente, y con tantas aplicaciones prácticas, como lo es la de la imputación objetiva, cuál es su alcance y contenido, cuál es el estado actual de la cuestión tanto en la jurisprudencia como en la doctrina de España y de Alemania, y a qué argumentos se acude para fundamentar las distintas soluciones que se defienden.

5. El impulso para publicar este libro, la selección de artículos que en él se contienen y las cuidadosas traducciones del español al portugués, todo ello es obra de mi querido y sabio amigo y compañero

---

(5) Citada supra n. 3.

el profesor Pablo Rodrigo Alflen. Nunca le estaré lo suficientemente agradecido por esta extraordinaria prueba de amistad que me permite hacer llegar a los lectores brasileños y portugueses algunas de las contribuciones en las que me he ocupado de una materia de tanta importancia teórica y de tanta aplicación práctica por los tribunales como lo es la imputación objetiva. Independientemente de que se esté o no de acuerdo con mis opiniones, creo que este libro ofrece un panorama que creo fidedigno de cuál es la situación actual del problema, fundamentalmente en la teoría y en la práctica jurisprudencial de España y de Alemania. Con ello, se le abre al lector la posibilidad de, en primer lugar, informarse sobre cuál es el alcance y el contenido del concepto de imputación objetiva, un concepto que, como ya he señalado anteriormente, es bastante más sencillo y accesible de lo que se puede creer, si uno prescindiese de lo que muchos autores –a los que en este libro se critica– se han empeñado en oscurecer; y, en segundo lugar, de que, teniendo en cuenta el amplio material jurisprudencial y doctrinal que se expone a lo largo de los artículos contenidos en este libro, quien lo lea puede llegar a formarse una opinión –examinando las tomas de posición contrapuestas–, inclinándose, finalmente, por alguna de las distintas tesis hasta ahora defendidas, o, desechando todas ellas, adoptar una opinión propia discrepante.

6. Mi relación con el Derecho penal brasileño se inicia nada menos que con la gigantesca figura de Heleno Claudio Fragoso. Entre el 4 y el 12 de abril de 1973 se celebró en el Instituto de Ciencias Penales de Santiago de Chile un Coloquio Internacional en el que participaron, además de los más renombrados penalistas chilenos –nunca pude imaginar que aquellos colegas chilenos que, a pesar de sus distintas opiniones políticas, convivían en paz y en armonía, iban a convertirse poco más tarde, a partir del 11 de septiembre de 1973, con el golpe de Estado de Pinochet, en enemigos irreconciliables, cuando no en víctimas y victimarios–, otros venidos del extranjero, en concreto: Roxin y Schöne, de Alemania, Bacigalupo, de Argentina, Cerezo y Gimbernat, de España, y Fragoso, de Brasil (6). En aquellos ocho días que duró el Coloquio quedé cautivado por la sabiduría, por la cordialidad y por el carisma de Heleno, estableciéndose entre nosotros una fantástica amistad, hasta tal punto que Fragoso nos invitó a Cerezo y a mí a que, antes de regresar a España, le visitáramos, en una escala inicialmente no programada, en Río de Janeiro. Tuve así la oportunidad, no sólo de contemplar por primera vez la que para mí es la ciudad

---

(6) Las ponencias pronunciadas en ese Coloquio Internacional, y los debates subsiguientes, están recogidos en la chilena *Revista de Ciencias Penales*, Tercera Época, enero-abril 1973, núm. 1, XXXII.

más bonita del mundo: la apabullante Río de Janeiro, sino de intimar aún más con Heleno. En el apartamento en el que convivía con su joven y preciosa compañera pasamos horas y horas hablando de todo lo divino y lo humano, también de política; y Heleno, con quien yo compartía la misma ideología, tuvo la amabilidad de hacerme oír algunas canciones antifranquistas, de las que él disponía, y cuya venta estaba prohibida en España. Asimismo, tuve la ocasión de que me contara algunas de las defensas de presos políticos que había asumido, y continuó asumiendo, durante la época de la dictadura brasileña, algo con lo que yo asimismo me sentí identificado, porque –aunque no en las dimensiones legendarias de Fragoso– yo también me hice cargo en los años 70 de algunas defensas de combatientes contra la dictadura franquista. Pido perdón al lector por este excursus sentimental, pero es que nunca he podido olvidar la imponente personalidad de Heleno, cuya prematura muerte tan profundamente lamenté.

Y aquí termino este Prólogo, que se ha hecho más extenso de lo que inicialmente pensaba, agradeciendo al destino que la amistad que inicié con Fragoso haya tenido continuidad con otros grandes penalistas brasileños como lo es Pablo Rodrigo Alflen.

# Mitos y modas del derecho penal tras algunos años de experiencia (1)

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho Penal  
Universitat Rovira i Virgili

## RESUMEN

*Estos comentarios tienen como objetivo únicamente poner de manifiesto cómo muchos de los temas que han preocupado en algún momento a los penalistas han perdido importancia o interés con el paso de los años, lo cual relativiza la auténtica importancia de los mismos. Lo mismo ha sucedido con ideas que se consideraron imprescindible para comprender el sistema penal. La otra parte del estudio está dedicada a destacar temas cuyo interés solo se puede entender como una atracción pasajera, que después de preocupar a los penalistas durante un tiempo desaparecen del campo de estudio. Por el contrario, hay problemas que parecen destinados a perdurar sin encontrar nunca solución.*

*Palabras clave: teoría, proporcionalidad, dolo, sistema, culpabilidad, imputación, personas jurídicas, pena.*

## ABSTRACT

*These comments are intended only to show how many of the questions that have worried in some moment to the experts in criminal law have lost importance or interest over the years, which relativizes the true importance of them. The same has happened with ideas that were considered essential to understand the penal system. The other part of the study is dedicated to highlighting issues whose interest can only be*

---

(1) Este trabajo está dedicado a mis amigos los profesores de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, y fue allí parcialmente expuesto el 21 de junio de 2019.

*understood as a passing attraction, which after worrying the criminals for a time disappear from the field of study. On the contrary, there are problems that seem destined to endure without ever finding a solution.*

Key Words: *theory, proportionality, intent, system, culpability, imputation, legal persons, pain.*

SUMARIO: 1. Introducción: el sentido de estas páginas.–2. Los mitos. 2.1 La «perfecta» teoría del delito. 2.2 La culpabilidad como juicio personal cristalizado en un reproche que es la condena. 2.3 La pena como «amarga necesidad». 2.4 La función del bien jurídico y el principio de ofensividad. 2.5 El principio de proporcionalidad. 2.6 Los principios de intervención mínima y *ultima ratio*. 3. Las modas. 3.1 El uso alternativo del derecho. 3.2 El debate sobre la colocación sistemática del dolo. 3.3 La imputación objetiva. 3.4 Hablar de Jakobs. 3.5 La «organización criminal» y el «autoblanqueo», de fenómeno nuevo a acusación automática. 3.6 La «era de las *compliance*».–4. Recapitulando, un poco, sobre la realidad penal.

## 1. INTRODUCCIÓN: EL SENTIDO DE ESTAS PÁGINAS

He llegado a mi jubilación administrativa, pero seguiré siendo penalista mientras viva, pues, después de haber dedicado tantos años a este menester, resulta imposible desprenderse de algunas tendencias mentales, como es la de preocuparse por los problemas penales. Precisamente por eso, estas reflexiones son solo una parada en el camino que seguramente continuaré recorriendo, pero no sobra una pequeña recapitulación sobre lo visto y oído.

En las páginas que siguen no voy a señalar problemas nuevos o candentes, y no porque eso no sea importante, sino porque, a estas alturas de mi vida me parece más interesante para los demás hacer un pequeño balance de mi experiencia como penalista, dejando de lado los rituales modos de expresión académicos. Quisiera que los más jóvenes puedan conocer unas opiniones que en modo alguno pretendo presentar como sabias e indiscutibles verdades, sino percepciones acumuladas al paso de los años, y, por supuesto, bastante subjetivas, como es lógico, razón por la cual solo puedo respetar al que discrepe.

El título que he dado a este trabajo –mitos y modas del derecho penal– puede resultar un tanto oscuro o escandaloso, aunque yo no

creo que lo sea, pues solo pretende resumir, con denominaciones que pueden ser exageradas o parecer injustas para con respetables pensamientos, mi punto de vista sobre una serie de cuestiones penales. He elegido esas etiquetas, como hubiera podido usar otros criterios clasificadores más amplios o reducidos. Tal vez haya quien estime frívolo tildar de «moda» cualquier tema que tenga que ver con algo tan severo como el derecho penal. Pero confío en que nadie haya de sentirse ofendido, pues no creo que ninguna persona inteligente vea afectada su sensibilidad profunda por la importancia que yo conceda a este o aquel problema penal.

Por supuesto que cualquier penalista podría añadir los temas que, en su opinión merecen también calificarse como moda o como mito, o cuestionar los que yo sugiero. Igualmente, la selección de temas es un tanto arbitraria, y podría ser incluso más amplia. Pero he creído suficiente una selección de muestras que pueden admitirse como significativas.

Quien me dispense el honor de leer estas páginas observará, y, acaso, lo censure, que nada de lo que se dice va acompañado de nota alguna. La explicación es sencilla: por una parte, este no pretende ser un trabajo académico, sino una especie de larga carta, dedicada a unos amigos concretos, y, a la vez, dirigida a un número indeterminado de posibles lectores. Ni a unos ni a otros les hablo con notas a pie de página.

Por otra parte, y eso es también fácil de comprender, los temas que indico los califico unas veces de modas y otras de mitos, y me tomo esa libertad «literaria» sin con ello pretender decir que uno o muchos colegas han dedicado su tiempo a estudiar o glosar mitos y modas, cosa que *también yo he hecho*. Pero no quiero que nadie se sienta ofendido por lo que, en el fondo, no deja de ser una reflexión sin especiales pretensiones que solo expresa un cierto desengaño de quien las hace.

Hechas estas precisiones, que no me han de salvar de la censura, lo sé, pasaré a exponer mis reflexiones.

## 2. LOS MITOS

Si yo califico algo como «mito» no me estoy refiriendo a otra cosa, como son los «lugares comunes», de los que todos hablan y nadie se molesta en demostrar si lo que se dice es verdad o mentira. Los ejemplos son múltiples, solo como muestra pensemos en estas frases: «la cárcel no sirve para nada», la «mayor parte de los presos serán reinci-



dentes», las sentencias «están decididas de antemano», «mucho derecho penal, pero la inseguridad ciudadana no para de crecer», «los más listos siempre escapan». La relación podría continuar, pero no es a eso a lo que quiero referirme, sin poner en duda que, como dato «sociológico», la persistencia de esa clase de opiniones es preocupante.

Un mito era, en la antigüedad, una explicación de la historia apoyada en la imaginación a falta de datos concretos. Esas explicaciones iban impregnando la cultura de una sociedad en un tiempo dado, mezcladas frecuentemente con intervenciones de divinidades. Tampoco quiero utilizar el término «mito» en ese sentido, ni menos en el de «máxima calidad», como a veces se hace, como adjetivo que califica la grandeza de un artista o de un deportista «míticos».

Denomino «mitos», *aplicado el término al derecho penal*, para referirme a una serie de verdades o axiomas «recibidos» que, a lo largo del tiempo, han ido demostrando si no su «inexistencia», una importancia muy inferior a la que se les daba, determinada, especialmente, por la cantidad de excepciones a la supuesta regla.

Normalmente, en la ciencia penal a muchos de esos axiomas los denominamos «principios», y no hay que reflexionar mucho para llegar a la conclusión de que padecemos un empacho de «principios» –Alejandro Nieto acuñó la expresión «principalismo» para etiquetar un mal extendido en la ciencia jurídica española– porque hay una sobrecarga que no se justifica, enfermedad que está bastante extendida en la ciencia jurídica y no solo en la penal.

Bastantes de esos principios se transforman, con el paso del tiempo, en «mitos» cuya razonabilidad y función no se discuten, y eso es precisamente lo que no es admisible en relación con bastantes de ellos, *que están huecos de contenido*, de los que seguidamente seleccionaré un grupo que creo significativo.

No cabe duda de que la selección es opinable, pues muchos penalistas podrían añadir algún tema más, y de eso soy consciente, pero no puedo recorrer todos los temas del derecho penal en los que las etiquetas o las «ideas recibidas» poco tienen que ver con la realidad. Entiéndase, pues, que sugiero unos cuantos temas sin pretensión alguna de que sean considerados los únicos que están aquejados de esa enfermedad de «oquedad».

## 2.1 La «perfecta» teoría del delito

Un primer mito lo integra la idea de que la teoría del delito es una *estructura lógico-normativa* en la que tienen su adecuada ubicación todos los hechos, elementos o dimensiones de una conducta humana,

guardando un orden interior coherente, y cumpliendo cada concepto con una adecuación a su naturaleza y función.

Son *innegables los avances* en temas como la teoría del delito imprudente, la tentativa inidónea, la causalidad, la imputación de resultados, la autoría mediata, el error de prohibición, la responsabilidad omisiva, la actuación por otros, etc., temas todos que solo treinta o cuarenta años atrás eran prácticamente desconocidos, o al menos no merecían especial atención, en nuestra doctrina, y en cambio hoy, y *gracias al esfuerzo de los profesores españoles de derecho penal*, han conseguido un reconocimiento jurisprudencial que impiden el despectivo etiquetado de «cuestión académica».

Pero también es cierto que la teoría del delito ha ido evolucionando y en sus elementos se han producido cambios radicales, y no me refiero solo a la «revolución finalista», que ya ha ido a parar al desván de los recuerdos, sino a otros muchos cambios que se han producido en relación con todos y cada uno de los elementos de la teoría. Y eso es bueno porque los sillares fundamentales del edificio, tomando por tales la legalidad y la necesidad de que *todas* las infracciones penales cumplan con un «patrón de elementos», siguen siendo, en esencia, los mismos, pero a veces cambian tanto los contenidos que resultan desdibujados (eso ha pasado, nada menos, con el concepto de dolo).

Los excesos se han cometido y su causa ha sido siempre el olvido de que la dogmática es una expresión de la primacía del positivismo jurídico de orientación social y democrática, pero siempre reaparece el iusnaturalismo, de cualquier signo, disfrazado de hipótesis dogmática, con la pretensión de hacer pasar como «consecuencia lógica de la interpretación de la ley lo que no es sino la ideología del intérprete».

Es entonces cuando nos interrogamos acerca de la mencionada ideología y su legitimidad. Es evidente que el sistema penal no es un programa polivalente para cualquier ideología, sino que es una propuesta de regulación de la convivencia y de selección de lo intolerable y de los modos de reprimirlo, pero es imposible afirmar que su columna principal, que es la teoría del delito, está compuesta íntegramente por conceptos, como los de antijuridicidad y culpabilidad, de significado *unívoco, porque no es así ni podría serlo*.

Por tomar solo un punto (central) me referiré a la esencia del comportamiento «contrario a derecho», que para algunos se ha de determinar solamente partiendo de criterios objetivos, mientras que otros estiman que lo subjetivo también decide lo que ha de tenerse por injusto. Esta segunda idea daría lugar a tesis que en su momento se consideraron brillantes, hasta que alguno se detuvo a pensar si tanto

aplauzo era merecido (las polémicas sobre la concepción subjetiva de la tentativa, el ánimo libidinoso como elemento del abuso o el propósito de defenderse como restricción de la legitimidad de la defensa, criterios interpretativos que hoy ya no se defienden).

Sobre la importancia de lo subjetivo ha planeado siempre, aunque no haya sido así reconocido, la influencia que se quiera dar a *lo moral o a lo religioso*, de manera tal que muchos son los que estiman que lo «laico» casa mejor con el objetivismo, lo cual no siempre es cierto.

En conclusión: la teoría del delito es mutante en sus contenidos y en la ideología que anida en sus «elementos», y esperar de ella que ponga «cada cosa en su sitio y un sitio para cada cosa», como se decía en España cuando se divulgó en el primer tercio del siglo xx, es una esperanza vana.

## 2.2 La culpabilidad como juicio personal cristalizado en un reproche que es la condena

El mito de la «humanidad» del derecho penal, está concentrado en la categoría de la culpabilidad, pues es a través de ella como, en teoría, se efectúa el «juicio personal» que permite conectar la sentencia con las condiciones específicas del que está siendo juzgado. Pero eso es solo una verdad a medias.

Cuando éramos jóvenes se nos explicaba que la culpabilidad, elemento central de la teoría del delito había experimentado una evolución, esencialmente transitando de la concepción psicológica a la concepción «normativa». ¿Y luego qué? Al parecer nada, pero no es así, pues cada cual ha ido rellenando esa casilla de la teoría del delito con lo que le ha parecido oportuno o adecuado.

Desde que se formuló la llamada «concepción normativa» se asumió que el concepto de culpabilidad no podía tener una sola explicación, pues dentro de él convivían aspectos psicológicos, otros, de desobediencia (a través de la idea de que las normas entrañan también una regla de determinación) y otros de quiebra de una cierta uniformidad mayoritariamente deseada, que se expresa mediante la comparación con el «hombre medio», ese personaje a quien nadie conoce, y que es nada menos que el «baremo» para medir criterios tan repetidos y de dudosa utilidad como es el de «la posibilidad de actuar de otro modo».

La situación actual es prolífica en variedad de posturas sobre lo que significa o cómo ha de entenderse la culpabilidad, y vemos como predicán su dogma autores como Jakobs y sus ideas sobre la obligatoriedad de las leyes, que solo se confirma castigando al desobediente,

que es el modo en que la fuerza del derecho se confirma ante el buen ciudadano.

Menciono a Jakobs no porque ese autor, en concreto, me merezca especial respeto, sino como prueba de la cantidad de ideas dispares y contradictorias que se pueden defender como «posición doctrinal», sin reparar excesivamente en su compatibilidad con un modelo de Estado social, y, además, y esa es otra dimensión del tema, sin que sus promotores aspiren a que sus tesis lleguen a ser el criterio seguido en la práctica.

Sabemos que gran número de «ideas» doctrinales no llegarán *nunca* a traducirse en pautas interpretativas en la aplicación del derecho positivo. *Ni tiene por qué*, y quizá uno de los ejemplos más claros es el de la culpabilidad y la variedad de versiones o concepciones que de ella o su significado se han propuesto, sin que ninguna de ellas –respetables en cuanto expresan una manera de entender el fundamento de la represión penal en cada sociedad– se haya traducido en consecuencias tangibles para la aplicación del sistema.

Más aún, creo que se tiene que aceptar resignadamente que la mayor *desproporción* entre el interés que una institución despierta en el mundo académico y la virtualidad que esos estudios tienen en la práctica aforense se da, precisamente, en el tema de la culpabilidad: Los profesores polemizan como si en la aplicación real del derecho penal hubiera un espacio para la reflexión sobre la culpabilidad, *cuando no es así*.

Los tribunales españoles comprobarán, como es de esperar, la ausencia de circunstancias de exculpación o de exclusión o reducción del conocimiento de lo prohibido; también se discutirá sobre la normalidad del sujeto en orden a la imputabilidad, pero *nada más (ni nada menos)*.

Tal vez pueda aceptarse que por el *lenguaje* que emplean en los fallos, en los *obiter dicta*, siguen más o menos la concepción normativa de la culpabilidad; pero en todo caso no existe un espacio propio para valorar la exigibilidad de conducta distinta o adecuada, por eso no ha de extrañar que, en alguna ocasión, penalistas españoles hubieran reclamado que el Código penal (cuando se estaba elaborando) incluyera una declaración programática que dijera «no hay pena sin culpabilidad», cosa que consiguieron únicamente con el Proyecto de Código penal de 1980, pero que no tuvo continuidad.

El sistema penal español no ha necesitado de esa declaración, pero es que, además, no faltan penalistas, como yo mismo, convencidos de que no hace falta tenerla. La ley exige la concurrencia de dolo o imprudencia, regula el error de prohibición y sus efectos, y contiene

una serie de circunstancias de exención o atenuación de responsabilidad que, en opinión generalizada, son supuestos de ausencia o reducción de la posibilidad de reprochar o, si se prefiere, de atribuir personalmente el hecho, por lo que de las bases de esas figuras legales se puede extraer una orientación sobre cuál es el criterio de nuestro derecho sobre imputación personal del hecho.

Con esos diversos mimbres, pues, tenemos un concepto funcional de «culpabilidad», que hay que aceptar como «mínimo necesario». Quizás el único ventanuco por el que pueda entrar un debate «puro» sobre la culpabilidad en el derecho de los Tribunales es en la interpretación de los delitos omisivos que en el propio tipo indican que el autor dejó de hacer lo que debía *pudiendo hacerlo*. Más allá de eso no queda otra puerta que la fundamentación de la petición de indulto en atención «a... las circunstancias personales del reo» (art. 4.3 CP). Por lo tanto, el debate sobre el contenido de la culpabilidad *es casi únicamente académico*, y conviene tener conciencia de ello, para, sobre todo, no confundir a los estudiantes.

¿Por qué sucede eso o pudo suceder en algún momento? Creo que la respuesta es en esencia una sola: que la fascinación por el universo dogmático alemán llevó en un tiempo –hoy la situación ha cambiado mucho– a olvidar que en el derecho penal español no existe ninguna regla parecida a la del artículo 46 del Código penal alemán (que expresamente proclama que la culpabilidad es el fundamento de la medición de la pena), con lo que falta la base jurídico-positiva sobre la que construir la teoría, lo que se traduce en una diferencia de punto de partida que es sistemáticamente orillada por la dogmática académica en detrimento de otras vías de asentamiento del juicio personal que podrían abrirse *partiendo de nuestro derecho*, y que posibilitan buscar la pena proporcional; pero esa cuestión me alejaría demasiado.

### 2.3 La pena como «amarga necesidad»

Han transcurrido cincuenta y tres años desde que el famoso Proyecto Alternativo alemán se refiriera a la pena como una «amarga necesidad» de la que los humanos organizados socialmente no podemos prescindir, y todavía muchos penalistas comienzan sus disquisiciones sobre la pena echando mano de esa muletilla, que sitúa el tema en un plano de humanismo de la voluntad y resignación de la razón, con el cual se puede hablar del tema sin temor a ser acusado de crueldad o indiferencia hacia el que sufre.

Es, también, fácil de comprobar que los penalistas se afanan en razonar la lógica del castigo, con una especie de sentimiento de culpa

que no tienen los cultivadores de otras parcelas cuando se ocupan de sus respectivos sistemas sancionatorios. La invocación de la amargura resuelve no pocos supuestos problemas éticos, como si lo único digno fuera ser «abolicionista».

Pero no quiero continuar con la glosa del jeremíaco modo de abordar la cuestión de la pena, sino que me referiré a otra dimensión de la cuestión que pasa a menudo desapercibida: el penalista medio, tras invocar la amarga necesidad y confesar o asumir la incapacidad del imperfecto ser humano para inventar algo diferente y menos malo, da por *zanjada la cuestión*, y no suele entrar en sugerir «reacciones diferentes» de las penas tal como las conocemos, con lo cual parece que la *consecuencia punitiva*, que para el pensamiento kantiano era propia de un *imperativo de razón*, de cuya verificación depende el que se pueda hablar propiamente de *derecho penal*, es, en realidad, una «fatalidad» a la que no nos podemos sustraer.

Llegando a este punto parece que lo oportuno es, en primer lugar, abandonar la «amargura», dejando la hipocresía institucional y asumiendo la realidad, y esa realidad nos dice que el sistema penal es preciso para alcanzar un mínimo de convivencia pacífica, y si es así, también será necesaria la pena para convivir.

Eso es perfectamente compatible con el derecho penal mínimo, y es ahí donde el discurso entronca con la segunda parte de la adjetivación de la pena, que es la «necesidad», pues lo «amargo», lo que se debe evitar no es la pena, consubstancial a una sociedad que no sea la «utopía», sino *la pena innecesaria*, pues esa es una crueldad que ninguna causa puede justificar.

En este punto si podemos lamentar, *pues eso sí que está en nuestras manos*, la cantidad de penas que se imponen, y me refiero especialmente a las de prisión, y es entonces cuando la mención a la «amarga necesidad» resulta sarcástica si se la relaciona con datos como estos:

a) Las continuas invocaciones a la necesidad de salir al paso de la inseguridad, la cual exige prevención general en el peor de los sentidos (derecho penal máximo), despreciando cualquier intento de promocionar valores de convivencia y racionalizar el uso de la represión.

b) La justificación de la represión en nombre de las características personales del inculpado, que se colocará por encima de la proporcionalidad, tanto si se trata de un asesinato (el autor pertenece a una organización criminal) como si se trata de un multirreincidente en pequeños hurtos.

c) Tampoco es una «amarga necesidad» el recurso al derecho penal para reprimir supuestos excesos en el ejercicio de la libertad de

expresión de ideas, que pueden no gustar, ser reprobables y hasta ser auténticos dislates groseros, pero en modo alguno un ultraje a la Nación o una incitación al odio.

d) El populismo punitivo, tema estrella de muchas campañas electorales, que ha llevado a desviaciones de la proporcionalidad tan evidentes como el llamado «cumplimiento íntegro de las penas», que, además, pareció poco, y dio paso a la instauración de la pena de prisión perpetua revisable.

e) Y no nos olvidemos, en el catálogo de supuestas «amarguras necesarias» la escandalosa duración que pueden alcanzar algunas situaciones de prisión preventiva.

f) La cantidad de privación de libertad que se puede sufrir en España es, normalmente, la que para hechos similares se impone en los principales Estados de la UE. Eso no le preocupa especialmente a la clase política española, y nuestra alta tasa de población penitenciaria no se corresponde con el volumen de la criminalidad. En España se va a la cárcel por más motivos que en otros Estados de la UE, y, además, se permanece en ella más tiempo. Pero para ningún Gobierno, sea cual sea su color, eso es motivo de preocupación o reflexión pública.

¿Cuál es entonces la auténtica razón de la «amargura»? Creo que el penalista debiera dejar de golpearse diciendo que la pena es una amarga necesidad y avergonzarse de la resignación con la que se contemplan los abusos del derecho penal. Es verdad que ha habido pequeños avances en materia de alternativas al ingreso en prisión, apertura, aunque muy limitada, a la conciliación y poco más.

Las prisiones serán, por mucho tiempo, las reinas del sistema punitivo, y los legisladores, especialmente los españoles, no muestran especiales deseos de que las cosas cambien, posiblemente, se dirá, por miedo al rechazo social y al uso demagógico que harán otros partidos políticos contra cualquier paso dirigido a reducir la prisión. Los excesos en la represión penal son menos importantes que una eventual pérdida de votos.

## 2.4 La función del bien jurídico y el principio de ofensividad

Los penalistas damos por sentado que los preceptos creadores de infracciones penales son, a la vez, proclamaciones indirectas de respeto a ciertos derechos, valores, intereses, objetos, que reunimos y resumimos con una sola expresión: «bienes jurídicos». Desde esa *«consciencia de su presencia»* decimos que orienta la interpretación,

a fin de que todos los elementos que componen la figura delictiva sean coherentes con el fin de protección que ésta persigue.

Gracias a esa función, se dice, se hace visible el *principio de ofensividad*, que sirve para descartar la tipicidad de comportamientos que parecen corresponderse con la figura legal, pero que no dañan ni ponen en peligro el bien jurídico, y, por lo tanto, la antijuridicidad material desaparece por falta de *ofensividad*, pues este componente *ha de estar presente en todas las infracciones penales*.

Así expuesta la cuestión, es fácil ponerse de acuerdo y aceptar el planteamiento de la relación entre bien jurídico, tipicidad y ofensividad. La ofensividad podría llegar a considerarse, incluso, como una exigencia de nivel constitucional, si se admitiera que todos los bienes jurídicos han de tener acogida en la Constitución.

Sucede, no obstante, que el punto de partida –la función de protección de bienes jurídicos como legitimadora del derecho penal– *es muy discutible*.

La afirmación habitual, que sostiene *que el derecho penal está condicionado por el principio de «exclusiva» protección de bienes jurídicos, no es cierta*, y, aun menos, que esa sea la vía de vinculación con la Constitución, además de que, aunque se admita, es de muy diferente intensidad (comparemos el homicidio con la tutela de las denominaciones de origen, todo se puede enlazar con la Constitución, pero es muy diferente el derecho fundamental a la vida a la necesidad de tutela del mercado).

Cuestión diferente es que sea el principal criterio de orientación, pero no olvidemos que el Código penal acoge delitos de pura omisión, delitos de peligro abstracto, delitos que perfectamente pueden reducirse a infracciones administrativas, actos preparatorios punibles, y, finalmente, pero no en último lugar, delitos en los que el único sentido se encuentra en la tutela de «sentimientos», objetivo que, a veces, puede ser explicable, pero otras veces no es así.

Tantas dudas genera el supuesto principio que no ha de extrañar que, al igual que sucedió con la culpabilidad, no se llegara nunca a introducir en el Título preliminar la regla de que no hay delito «sin lesión de bien jurídico» (pretensión que solo tuvo el Borrador de Anteproyecto de Código penal de 1990). Como he dicho antes, la tutela de bienes jurídicos topa con dos dificultades: la primera decidir cuándo estamos en presencia de un bien jurídico. La segunda, hay que reconocer que hay infracciones penales en las que no es posible ver ese bien jurídico.

Así las cosas, todo parece conducir a una especie de renuncia a ideas que, por mucho tiempo, nos habían parecido buenas y necesas-



rias, como son la exigencia de que el derecho penal se dedique exclusivamente a la tutela de bienes jurídicos y de que se verifique la ofensa antes de imponer pena alguna.

Por citar solo un ejemplo en favor de la utilidad de esas ideas: el principio de ofensividad ha sido muy útil en la propia jurisprudencia española para limitar la aplicación de los delitos de peligro, rechazada cuando no se produce riesgo alguno. Pero también hay que admitir que las leyes penales incluyen delitos que no son claras ofensas a bienes jurídicos (salvo que se conceda esa condición a cualquier interés), pues la entrada en el derecho penal depende, por ejemplo, del incumplimiento de un requisito administrativo, como sucede con la tenencia de armas o la conducción sin permiso o la seguridad alimentaria o la contaminación.

Pero posiblemente, y aun con esas contradicciones, si lo son, pues también entran en juego comprensibles razones preventivas, la *renuncia es excesiva e innecesaria*.

Téngase en cuenta que, en su momento, el argumento principal era que la pena era una privación de libertad, y que una lesión tan grave a un derecho fundamental solo podía justificarse por haber dañado un bien constitucionalmente proclamado. Pero hay que recordar que no todas las reacciones penales son restricciones de la libertad, pues pueden ser multas o inhabilitaciones, además de que, en nuestro tiempo, la opción del Estado por el sistema sancionador administrativo no ha de traducirse por «inexistencia de bienes jurídicos en juego». En cuanto a que en los Códigos penales aparezcan delitos en los que es difícil ver cuál es el bien jurídico que tutelan, puede explicarse por criterios de *razonabilidad* y *no a causa de la ofensividad*, puesto que la variable presencia de bien jurídico tutelado en las infracciones penales solo demuestra que la ofensividad no tiene una interpretación única, y no que sea «innecesaria».

El principio de ofensividad ha de ser *filtrado y corregido por la razonabilidad*, y ese proceso pasa por la separación entre el *derecho y la moral*, y, en otra dirección, el *consenso social mayoritario* en torno a una intervención penal. Lo que ha de quedar excluido es la intervención penal decidida exclusivamente por autoritarismo del legislador erigido en intérprete indiscutido de «la opinión dominante». Continuando con lo que el principio de ofensividad *impide*, hay que referirse al derecho penal «de autor», en todas sus manifestaciones.

Las leyes penales, pues, no pueden juzgarse solo pensando en la protección de bienes jurídicos, porque ese no es el único criterio válido para limitar al derecho penal. La intervención punitiva puede ser también *rechazada* por otras razones (innecesaria, inhumana, per-

turbadora, desigual, redundante sobre otras ramas del derecho). Con ello no rechazo la teoría del bien jurídico, sino que advierto de los riesgos que puede comportar su «sacralización» y la creencia de que está y ha de estar presente tanto al tiempo de la creación de la norma penal cuanto en el de su aplicación por el juez a un caso concreto, lo cual sucede, como veremos, con otros principios, como el de intervención mínima.

## 2.5 El principio de proporcionalidad

Es difícil encontrar una obra general de derecho penal en la que no se haga mención del principio de proporcionalidad, y, más aún, un penalista que no considere que se trata de un criterio esencial por el que se ha de regir la relación entre el hecho delictivo y el castigo. La teoría retribucionista de la pena está enteramente construida sobre la regla axilar de que ésta es respuesta proporcionada a la gravedad del hecho cometido. La pena, inspirada en ese principio, será la plasmación de la medida de la culpabilidad.

Paralelamente, sabemos que la idea de proporcionalidad está también presente en otros ámbitos jurídicos, especialmente, como vara de medir hasta dónde puede llegar la limitación de derechos que puedan determinar las actuaciones de los poderes públicos en el cumplimiento de sus cometidos.

Todo eso es sin duda de suma importancia, pero por más que nos empeñemos, la forma y objetivo con el que los penalistas invocan la «proporcionalidad» transmiten la idea de que se trata de un principio reconocido por la Constitución o por la Ley penal, *cuando eso no es verdad*, y, por lo tanto, no sirve para juzgar o declarar la excesiva dureza de una pena excesiva decidida por el legislador ni tampoco para guiar la determinación de la pena aplicable al caso concreto. Se dirá que el principio pertenece a nuestra «cultura jurídica», pero la experiencia española nos sirve para asumir que eso no significa gran cosa, y es ingenuo esperar de ese principio una contención a la tentación punitiva del legislador o una orientación obligada en la medición de la pena.

Bien es cierto que al principio de proporcionalidad le sobra «prestigio histórico» en la cultura penal. En el pensamiento ilustrado o iluminista se sentó la exigencia esencial de que las penas solo eran legítimas cuando eran atemperadas al hecho y necesarias. La proporción entre la pena y el hecho se consideraba una obviedad irrenunciable, y esa idea no se ha modificado, aparentemente, a lo largo del tiempo, llegándose a equiparar la pena desproporcionada con la pena inhumana, de modo tal que la *proporción era la expresión de la justicia*.

Desde entonces y hasta hoy, el principio no ha dejado de proclamarse, y, en todo caso, no ha habido nadie capaz de defender lo contrario expresamente, si bien, y con más frecuencia de lo admisible, se acude al subterfugio de la «necesidad de prevención general», para obviarlo y establecer penas desmedidas, de lo que los penalistas españoles tenemos buena experiencia. Pero lo cierto es, repito, que el principio de proporcionalidad *no pasa del terreno de las proclamaciones* que de modo propedéutico se enseñan al que se adentra en el estudio del derecho penal, dejando que sea él solo quien descubra su poca función real.

Como problemas de «proporcionalidad» se presentan muchos que no tienen relación directa con el derecho penal, para el cual la desproporción se refería a la relación entre el hecho y la pena conminada o aplicada, mientras que en el constitucionalismo la proporcionalidad se va entendiendo como otra cosa: la innecesaria privación de derechos fundamentales, que alcanza a actuaciones del Estado o cualquiera de sus poderes no solo en la aplicación de penas o medidas, sino allí donde se tope con derechos del ciudadano (a la intimidad o privacidad, a la libertad de expresión, reunión, manifestación u opinión, a la libertad de culto, a la libertad de empresa, etc.) que pueden verse cercenados o limitados innecesariamente, todo lo cual puede suceder en conflictos diversos y al margen de la justicia penal.

En esa línea se sitúa la jurisprudencia del TEDH, que se ha pronunciado repetidamente, insistiendo en que la condición imprescindible para que se pueda admitir la restricción de un derecho fundamental es que ésta sea «proporcionada» al fin que se quiere alcanzar. Por ejemplo: la invasión de la intimidad mediante un registro que se lleva a cabo ante una amenaza terrorista. De ese modo, la proporcionalidad pasa a ser la expresión del necesario equilibrio entre afectación de derechos y fines legítimos, y así es también como entiende la proporcionalidad el artículo 52 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*.

Como fácilmente puede comprobarse, *en ningún momento se alude a la extensión del principio al derecho penal*, o, más concretamente, a la relación entre la gravedad de las penas o medidas en relación con el hecho delictivo.

Por su parte, el *Tribunal Constitucional español* no se ha apartado de esa línea, más aún: de modo casi expreso ha dado en reconocer que el principio de proporcionalidad en materia penal es meramente simbólico o retórico.

La idea esencial del TC en esta cuestión es que *la pena que decide el legislador en uso de su competencia es la proporcionada*, y solo en

casos muy extremos (que nunca se han producido) de clamorosa desproporción entre el delito y la pena se podría entrar a discutir su decisión. En cambio, el TC sí ha entrado a valorar la proporcionalidad de las afecciones de derechos por causas diferentes de las penas, como son los casos de escuchas telefónicas, entradas y registros, datos personales indagados, derecho al juez natural y otros.

Más allá de eso, que, por supuesto, es muy importante, lo único que ha reconocido o proclamado el TC es que la proporcionalidad es una virtud consustancial a la justicia como valor supremo proclamado en el art. 1.1. de la CE, y también presente en el respeto a la dignidad de la persona a la que se refiere el art. 10 CE como fundamento del orden público y la paz social, pero sin dejar de reconocer la *inoperancia técnica del principio*, hasta el punto de que la STC 65/1986 declaró que «no cabe deducir del artículo 25.1 de la Constitución Española un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito», pues la «desproporción» no es por sí misma causa de inconstitucionalidad en ausencia de lesión de derecho o bien constitucional claramente identificado.

Tampoco ha ahorrado el TC declaraciones contundentes sobre la absoluta libertad del legislador para hacer lo que le venga en gana en esta materia, gozando, así se dice, de una presunción de constitucionalidad, pues «el legislador democrático no tiene el deber de expresar los motivos que le llevan a adoptar una determinada decisión en ejercicio de su libertad de configuración». (Tan solo en una ocasión, STC 136/1999, declaró la inconstitucionalidad de una norma penal por imponer una pena desproporcionada por no permitir al juez imponer una pena inferior a la mínima fijada, que se consideró en las circunstancias del caso, excesiva)

Eso por lo que se refiere al «creador» de la Ley, pues en lo que respecta a los jueces que la aplican han sido excepcionales los fallos en los que se estima excesiva la decisión del juzgador. El TC ha recordado, cuando se ha dado la ocasión por ser ese el argumento, que en la Constitución *no se hace mención alguna a un «principio de proporcionalidad»* que haya de servir como criterio general para limitar la legitimidad de la intervención de los poderes públicos en la esfera de los derechos y libertades, sin perjuicio, se dice, de que la proporcionalidad sea una «idea cultural» implícita en el derecho penal propio de un Estado democrático de derecho.

Ante esa indiscutible realidad, el penalista debería prescindir de hacer referencias a la proporcionalidad de las penas. Al menos, eso es lo que aconseja la prudencia. El legislador puede decidir lo que quiera, y los juzgadores solo están obligados a cumplir la legalidad ordinaria, que

deja abierto mucho margen de decisión. La proporcionalidad se difumina en el bello espacio de la argumentación jurídica. Por supuesto, hemos de confiar en la *razonabilidad de la conducta del legislador*, que antes o después ha de comparecer ante la ciudadanía, aunque también sabemos lo baja que es la sensibilidad ciudadana en relación con los temas penales.

A los penalistas nos queda el deber de denunciar los excesos de legisladores y jueces, sin olvidar que, por desgracia, la «medición en meses y años» de libertad de las conductas delictivas tiene siempre un componente, mayor o menor, de irracionalidad (sin olvidar los «motivos» de prevención especial o general que se pueden invocar para zafarse de la proporcionalidad). El legislador decide castigos que, en su concreta medición, apenas merecen debate parlamentario, y a nuestra historia me remito, salvando excepciones como la polémica sobre la llamada cadena perpetua.

Podemos exigir respeto a las escalas de valores que proclama la Constitución. La necesidad de la intervención del derecho penal ha de ser explicada, razonando por qué no es posible otra solución. Si es inevitable, cabe esperar que las penas se formulen con la suficiente apertura de ángulo como para permitir una medición ajustada a las circunstancias del hecho y del autor. Lo único que deberemos exigir como juristas y como ciudadanos es que el derecho penal no sea utilizado como instrumento de propaganda política.

Los Tribunales tienen que imponer penas o absolver, y lo han de hacer de modo motivado, y expresar su valoración de las circunstancias materiales y personales que los llevan a una concreta medición del castigo, si lo imponen. Si hacen eso podremos decir que han obrado con proporcionalidad, entendida como cumplimiento adecuado de su función.

## 2.6 Los principios de intervención mínima y *ultima ratio*

En los párrafos anteriores me he ocupado del principio de proporcionalidad, como uno de los mitos que manejamos los penalistas (con nuestra mejor intención, por supuesto). Pasaré ahora a otros «principios» que no corren mejor suerte: los de *ultima ratio* e intervención mínima, que invocamos siempre como criterios que han de guiar al legislador como expresiones de un ideal: cuanto menos derecho penal, mejor.

Los principios de intervención mínima y *ultima ratio* son, en realidad, dos caras de una misma moneda, y, en el fondo, derivan, en primer lugar, de la limitación de los objetivos que se puede proponer

el derecho penal, de entre los cuales ya antes me he referido al de exclusiva protección de bienes jurídicos y solo frente a los *ataques más graves* (el *carácter fragmentario* del derecho penal así lo impone, siempre en teoría, por supuesto). La intervención mínima no se cumpliría si el derecho penal entrara a proteger intereses que no son mayoritariamente compartidos, o contribuir a imponer ideas derivadas de una cierta «moral pública».

En segundo lugar, tales principios tampoco se cumplirían si los fines de tutela que se propone el legislador penal pudieran ser conseguidos con medios jurídicos menos severos que las penas, que han de reservarse para *cuando no quede otro remedio por la insuficiencia disuasoria de otros medios*. Será un error entender que allí donde haya un bien jurídico respetable jurídicamente *necesariamente* ha de intervenir el derecho penal, pues el recurso a éste implica también una *selección* de bienes jurídicos.

Esa es la descripción básica de lo que significan los principios de intervención mínima y *ultima ratio* de cuya mano se han afirmado cosas ciertas, como que usar el derecho penal al dictado de convicciones morales minoritarias es un modo de imponer ideologías, y también otras, que no son aceptables, como que la intervención mínima es *la única manera* de que el derecho penal no acabe al servicio de grupos de intereses parciales, porque solo así se marcan las condiciones de convivencia, y si es así ya no podría considerarse a la ley penal como propia de un Estado de Derecho social y democrático.

En cuanto a la afirmación de que la pena es la *ultima ratio*, el discurso que conduce a ella es parecido, y se adorna añadiendo que el recurso a la pena esconde un fracaso colectivo del sistema social, y, por lo tanto, no debe aplicarse exclusivamente por razones retributivas, sino porque es precisa por algún motivo. No hace falta esforzarse mucho para reconocer que *eso no es verdad, eso no es verdad*, y que abunda la imposición de penas exclusivamente por motivos retributivos.

Es en la propia Ley penal donde se encuentran ejemplos claros de posibles imposiciones de pena totalmente innecesarias, comenzando por la excesiva duración que tienen en España todas las penas privativas de libertad, y continuando con otras reglas que, indirectamente, ponen al descubierto un innecesario afán represivo, como sucede, por ejemplo, con la previsión de castigo para la tentativa *de cualquier delito de resultado* tenga o no sentido, lo que es un modo perfecto de violar el principio de intervención mínima.

A eso se tiene que añadir la significativa cantidad de *delitos innecesarios* porque el problema que quieren resolver está debidamente

resuelto a través del derecho privado o del derecho administrativo. A propósito de este comprobable hecho, se puede también cuestionar el llamado *carácter secundario* del derecho penal, etiqueta que parte de la idea de que el derecho penal está destinado a actuar cuando resultan insuficientes los recursos que puedan ofrecer otras leyes o para completar sus respuestas en algunos casos. Pero eso no es verdad, y huelga hablar de *naturaleza «accesoria», «secundaria», «complementaria», «sancionadora»*, que son diferentes nombres para referirse a una misma cosa, puesto que el derecho penal, en muchos casos, interviene *a pesar de que* bastaría con el derecho no penal, y, por otra parte, no es cierto que su intervención se sume a otras previstas en el derecho no penal, sino que se trata de intervenciones penales totalmente independientes de lo que hagan otras ramas del derecho.

Antes de cerrar este punto, creo obligado señalar alguna «reserva» ante los precios que se pueden pagar por reducir el derecho penal. En teoría, las vías del derecho administrativo, u otras de carácter no penal, como pudiera ser el «derecho de intervención» que proponía Hassemmer, parecen menos traumáticas y más ágiles que el derecho penal, pero esas ventajas van acompañadas de defectos que las hacen mucho menos atractivas, como son la renuncia a las diferentes garantías que entraña el derecho penal del hecho y, en general, las que se reúnen bajo la etiqueta de «derecho penal de la culpabilidad». En España tenemos la experiencia de la manera en que la Administración tributaria concibe el uso del derecho penal: como refuerzo coactivo de sus decisiones, y, si alguna crítica se ha hecho al derecho penal ha sido, precisamente, que en nombre de las garantías acaba siendo demasiado lento. Sabemos de la modificación del Código penal que se hizo para que nada entorpeciera la actividad inspectora y recaudadora de la Administración, y también sabemos que en la Administración reina el convencimiento de que la vía administrativa es mejor y más rápida, por supuesto, siempre que se prescindiera de garantías «penales», y, por esa razón, cuando se abre el debate sobre los modos de sancionar conductas reprobables conviene no olvidar que la *despenalización puede tener un costo inadmisibile*.

### 3. LAS MODAS

Paso ahora a la segunda parte de mi reflexión: las modas. Hay temas jurídico-penales que en algunos momentos centran los debates y obligan a todos a posicionarse, a decir algo sobre la cuestión, que se presenta como un nuevo marco de reflexión, o como una dimensión

de la cuestión penal que ha de producir una obligada renovación del pensamiento. Al cabo de un tiempo, el tema pierde «centralidad», aunque pueda no perder importancia, tal vez porque esa importancia es revisada a la baja.

Por supuesto, no calificaré de moda a cualquier tema de debate que existió con fuerza y que luego sería abandonado por superación. Un ejemplo claro: la lucha de escuelas en torno al fundamento de la responsabilidad criminal que enfrentó al positivismo naturalista y a los partidarios de la concepción clásica, más o menos evolucionada, de la imputabilidad. Aquella discusión larga (desde el último tercio del siglo XIX hasta el primer tercio del XX) y casi violenta no era solo un debate sobre un «tema de moda», sino algo mucho más profundo: el posicionamiento fundamental sobre el sentido y la función del derecho penal, y, tras ello, la lucha política. El resultado y el saldo (positivo) de aquel debate lo conocemos, y no voy a exponerlo, pues no es ese el objetivo de estas páginas. Baste con recordar que marcó el devenir de la ciencia penal, abrió la puerta a la incorporación de las medidas de seguridad y, en buena medida, contribuyó al nacimiento de la Criminología.

Aclarado ese punto, se comprenderá que no califique de moda temas que determinan un auténtico cambio del derecho penal, sino, como antes dije, temas que durante un tiempo centraron la atención y que, paulatinamente, fueron perdiendo interés, lo cual no quiere decir que los temas fuesen baladíos, sino que perdieron el atractivo que, quizás exageradamente, habían tenido.

Claro está que algunos de esos temas continuarán teniendo cultivadores interesados en ellos, pero eso no importa. Igualmente, opinable es la selección de temas que propongo, y no espero, ni puedo, consenso sobre ellos, pues la elección se apoya únicamente en la experiencia personal, que no es ni más importante ni más acertada que la de cualquiera otro. Algunos de esos temas ya han pasado, y a otros, estoy convencido de que les aguarda la pérdida del primer plano de interés.

### **3.1 El uso alternativo del derecho**

Fue ese un tema que nació en Italia y durante un período de tiempo no muy largo, corrió como la pólvora por España. Los jóvenes profesores corrieron a leer las obras de Pietro Barcellona y Giuseppe Coturi, y un relevante sector de la judicatura prestó profunda atención a aquellas ideas, indudablemente revolucionarias. Pero desde un primer momento, el tema del uso alternativo fue duramente criticado,



incluso excesivamente, en su momento y después, por razones cuyo examen nos alejaría demasiado. En la filosofía del derecho española se consideró que se trataba de un movimiento ideológico de carácter judicialista, que era inadmisibile en la teoría de la interpretación y argumentación jurídica. La dureza de la crítica tiene diversas explicaciones, pero no voy a entrar en ello.

En todo caso, no fue justo reducirlo a la categoría de intranscendente, pues no lo fue, especialmente en Italia. Su dimensión de propuesta de aplicación del derecho no diluía su otra dimensión de revisión de la posición de los juristas en relación con el Estado.

Ahora bien, la operación de aplicar la ley siempre se hará en base a una interpretación, y es en ese momento cuando pueden entrar en juego los métodos más o menos tradicionales, y las perspectivas, desde las personales del intérprete, tomadas a su vez de su educación, sus creencias y sus convicciones, o las del grupo ideológico al que pertenece, y si estas últimas se imponen sobre lo que los métodos de interpretación ofrecen *la confianza en la legalidad* se vería afectada.

Algo así sucedió, en opinión de muchos, con las ideas que se propugnaban como propuestas de uso alternativo del derecho, que en su tiempo se presentó en Italia como una vía para hacer realidad el socialismo democrático en el momento de la interpretación y aplicación de la ley. En España fue la llamada a interpretar las leyes, muchas aun franquistas, con un criterio constitucional avanzado. Del alternativismo solo queda el recuerdo, salvo un aspecto del problema que no puede desdeñarse, a saber: que la interpretación no es una mera técnica y los conceptos jurídicos pueden tener diferentes interpretaciones cada una de ellas afectada ideológicamente, y, por lo mismo, cada fallo judicial tendrá ese componente ideológico, dentro, claro está, de los márgenes que la norma establezca.

El uso alternativo del derecho, por lo tanto, no fue un *método* de interpretación, sino una *perspectiva bajo la cual se quería cambiar el criterio con el que se había de aplicar el derecho*, lo cual, por cierto, no tiene nada que ver con la idea circulante de que una misma norma penal se puede aplicar de un modo u otro dependiendo de la persona a la que vaya destinada esa aplicación, lo cual es inadmisibile. Entre los que en su momento creyeron en las vías que se abrían partiendo de aquellas ideas se percibía un cansancio doble: por un lado, hacia la posición acrítica en la aplicación de unas leyes que se consideraban incompatibles con el orden constitucional que se presentía. Por otra parte, era también visible una reacción contra la vieja idea marxista que zanjaba el problema jurídico diciendo que el derecho no era más que una superestructura al servicio de la clase dominante, lo cual

dejaba en una posición insoportable a los juristas que deseaban el compromiso con el Estado de Derecho.

Para esos ideales, aquella vía no pudo preparar, lo que no es óbice para mirar con respeto a aquel movimiento, que fue pasando del centro del debate a la marginación y el olvido.

### 3.2 El debate sobre la colocación sistemática del dolo

Han pasado ya muchos años desde que la polémica entre «causalistas» y «finalistas», en la que era cuestión central la colocación de lo subjetivo en la tipicidad ha dejado de tener interés. En su momento fue «apasionada», y hoy, esa pasión, nos parece grotesca. Solo quiero recordar que las escuelas académicas se agrupaban, en primer lugar, por la colocación sistemática del dolo, cuando en el exterior caían «chuzos de punta» en la lluvia de problemas penales, y eso hoy produce risa, si no fuera porque ese tema hizo malgastar muchas horas que hubieran podido dedicarse a otras cosas más importantes.

Hay un aspecto del tema que no puede desdeñarse: la cultura jurídica europea-continental, y no solo en materia penal, es *sistemática*, lo que quiere decir que existe una tendencia visible a ordenar y clasificar elementos. Para algunos esa es la manera en que se verifica la condición de «ciencia» aplicada al derecho, pero no ha faltado quien ha hecho del método y el sistema el centro del problema penal. Y eso es o ha sido excesivo. El sistema es imprescindible, pero cuando el sistema tiene como centro de atención a la conducta humana no puede *descomponerla* en nombre de un pensamiento analítico.

No quiero frivolar con un tema que tiene un respetable fondo dogmático, sino solo incluir entre las «modas pasajeras» el exceso de atención que motivó, con el agravante de que algunos creían que el finalismo (doctrina penal que tiene muchos componentes) era algo que se resumía en una teoría de la acción de la que se derivaba que era inexorable la colocación del dolo en el tipo subjetivo, y eso era un reduccionismo lamentable, que solo se mitigaba diciendo que, de paso, se utilizaba un concepto de dolo «neutro» por oposición al tradicional «*dolus malus*», pues la cuestión del conocimiento de la antijuridicidad era cuestión a valorar en el ámbito y momento de la culpabilidad. En el tema se enzarzaron preclaros representantes de la doctrina penal, con auténtica, aunque incomprensible pasión, aunque el problema ni era *tan grave ni tan grande*.

Cuando se está ante una actuación intencional y plenamente conectora de lo antijurídico que esa conducta entraña, no se planteará problema alguno, pues *da igual donde se sitúan los diferentes elemen-*

*tos ya que al final se reúnen todos.* En cambio, cuando se producen defectos de conocimiento es preciso decidir la trascendencia que eso ha de tener para la teoría del delito y, a la postre, para la pena. Por lo tanto, lo más importante era el tratamiento penal para dar a los casos de error de prohibición y a algunos problemas de la teoría de la participación, en supuestos de defecto de conocimiento por parte de un partícipe. Esa trascendencia para la pena confería a la discusión un cierto significado (ficticio), pues para los defectos de conocimiento hay que buscar la solución que mejor satisfaga las exigencias político-criminales que se asignan al sistema penal, entre ellas, y en primer plano, la de tratar a cada cual valorando su capacidad y su formación.

Al paso del razonamiento todos fueron conviniendo que el *conocimiento de la antijuridicidad puede y debe ser relevante tanto para el dolo, aunque se coloque en el tipo como para la culpabilidad*, porque el dolo en todo caso supone conocimiento de la significación del acto, y eso, en relación con un enorme grupo de delitos, incluye por fuerza elementos de significación jurídica, sin perjuicio de que, al debatir la culpabilidad se deba tomar en consideración el grado de consciencia de la antijuridicidad.

Hoy, y así se puede ver en la manualística, se expone la teoría del delito colocando, mayoritariamente, el dolo en la parte subjetiva del tipo, lo cual no se hace como supuesta consecuencia de un «credo finalista», que, por demás, tiene pocos seguidores auténticos en la actualidad, sin perjuicio de lo respetable que pueda ser la teoría, que no es una «teoría del delito», sino una manera de entender el derecho penal y su relación con un supuesto orden previo, de lo que, además, se extrajo, en su momento, una manera de entender el concepto de acción y la teoría del delito.

### 3.3 La imputación objetiva

A los que fueron formados como penalistas estudiando las múltiples teorías, clasificaciones y subclasificaciones que se reunían en torno a la *relación de causalidad*, la irrupción de las doctrinas de la imputación objetiva les liberó de una trama de conceptos pseudo-fisicistas que difícilmente conducían a soluciones aceptables como justas. Por fin llegaba un *modo jurídico de resolver la relación entre un hecho y una persona*.

Con la entrada de la teoría de la imputación objetiva se producía *un cambio substancial en la ciencia penal*. Pronto alcanzó una importancia nuclear, aunque algunas voces escépticas se atrevían a decir que es una teoría cuya utilidad práctica no se corresponde con la infla-

ción de estudios y posiciones sobre ella. Parecía que el concepto de «imputación objetiva» era la savia vivificadora de un árbol (la teoría del delito) que estaba irremisiblemente muerto. Gracias a ella, y eso era un mérito, se reconsideraba la tipicidad para entenderla de un modo coherente con la función del derecho penal de «prevención frente a conductas humanas» y no, o no solo, «prevención frente a la producción de resultados lesivos». Considerando el significado que eso tiene para un entendimiento humanístico de lo que han de ser las conductas que merecen la calificación de criminales, el criterio de imputación objetiva merece aplauso; mas no al punto de sacar consecuencias transcendentales.

Una primera reducción de la importancia del tema era que la imputación objetiva despliega su primordial interés solo en relación con los delitos de resultado, lo cual limita su pretendido impacto general en el sistema penal. La importancia de la imputación objetiva, en realidad, venía determinada por algo que no se decía con claridad: que el delito no podía ya ser considerado *solamente* un acto típico, antijurídico y culpable, sino que hacía falta *algo más*, que acercara la conducta delictiva a su condición de conducta humana que tiene lugar en la sociedad, del mismo modo que otros (los finalistas, por ejemplo) se refieren a la exclusión de tipicidad por «adecuación social».

Con la exigencia de imputación objetiva se opera una selección de conductas que en sí mismas entrañan una potencialidad de producción del resultado, y así aparece un perfeccionamiento del concepto de delito y un criterio apto para resolver situaciones de pluralidad de resultados fruto de procesos causales no equiparables, que gracias al principio de imputación objetiva pueden ser reconducidos y atribuidos a personas que han llevado a cabo acciones en sí mismas cargadas del peligro generador de esa clase de consecuencia

El tema de la imputación objetiva interesa sobremanera en Alemania, algo menos en España y muy poco en Italia. La relativa pérdida de interés tal vez obedezca a que el desarrollo del estudio de esta cuestión ha aportado muy desiguales frutos según se trate del delito culposo o del delito doloso, y en este punto son muchos los que estiman que la trascendencia del concepto de imputación objetiva es reducible a unos muy pocos casos, y con tantas limitaciones no puede ser colocado en una función de clave de bóveda del sistema penal.

También hay que tener en cuenta que las antiguas teorías sobre la relación de causalidad fueron siendo relativamente abandonadas a partir de la extensión del criterio de la causalidad *adecuada*, que como todos saben ya no era un criterio causal puro, sino causal-normativo. La teoría de la imputación objetiva era, *en buena parte, una continua-*

*ción de las de la adecuación*, en cuanto que se trata ya de un criterio plenamente *normativo*, en el que lo físico-causal ocupa un lugar subordinado y no determinante.

Pero además sucede que el desarrollo del principio de imputación objetiva, en la medida en que muchos lo quieren situar en el *epicentro de lo injusto*, puede indirectamente propiciar el vaciamiento del concepto de dolo al que antes me he referido. La hipertrofia de la importancia de la imputación objetiva puede llevar, y de hecho así ha sucedido con bastantes penalistas, al *dolus in re ipsa*, que no es sino una renuncia a indagar sobre el dolo.

La razón se entiende fácilmente: a fuerza de concentrar la atención (y el fundamento del castigo) en la relación entre el autor y la acción, dejando en un plano secundario la volición del resultado, puede propiciarse el entendimiento de que para la apreciación de dolo es suficiente esa reducción de objetivo, con lo cual, un principio que seguramente nació para reforzar la imagen del delito como *acción humana* –ese fue otro exceso, que minusvaloró todas las dimensiones objetivas del hecho delictivo– acabó convirtiéndose en una vía para acabar sirviendo para objetivar la responsabilidad penal.

### 3.4 Hablar de Jakobs

Quizá alguno considere que es una frivolidad calificar a Jakobs y su obra como «moda», y lo haga porque crea que es uno de los grandes pensadores de nuestro tiempo o porque crea que es demasiado siniestro lo que se deriva del pensamiento de ese autor como para tranquilizar la conciencia diciendo que se trata solo de una moda. Pero así lo veo, y el paso del tiempo con el progresivo olvido del personaje y sus ideas me dará la razón.

Yo no formo parte, por supuesto, del primer grupo. Más aún: hace bastante tiempo un gran profesor alemán, cuyo nombre no diré, me decía que lo que le sorprendía del fenómeno de la difusión de la obra de Jakobs en lengua española, y, especialmente, en Latinoamérica, era algo muy previo, cual era la poca respetabilidad que sus ideas habían suscitado en Alemania. De las razones de ese relativo éxito de las tales ideas podría sugerir dos. La primera, el acceso a la obra que permite su traducción al castellano. En segundo lugar, el acomodo que ofrece el pensamiento de ese autor a las posiciones más conservadoras y autoritarias.

Más allá de lo que pueda decirse de sus ideas sobre el «derecho penal del enemigo», en Europa circulan y ganan adeptos las más regresivas teorías sobre la criminalidad y sus causas y la conveniencia

de abandonar discursos humanistas y repartir represión. Sobradamente se puede demostrar que para hacer eso no hace falta acudir a las ideas de lo que se ha dado en llamar «funcionalismo normativista» y a Luhmann y lo que le sigue, donde se encuadra Jakobs.

Frente a los que desean, en balde, un derecho penal mínimo y que evite la represión en lo posible, Jakobs considera que el derecho penal ha de utilizarse todo lo que sea preciso para que la sociedad sienta que su modelo de coexistencia está garantizado y es respetado, a pesar de que surjan conductas que evidencian desconocimiento o, lo que es peor, que no aceptan la existencia y vigencia de la norma. La respuesta penal es la única que permite fortalecer la confianza en la vigencia de esa norma, y por esa vía, se produce el alejamiento de las ideas defendidas por los partidarios de la prevención general positiva y se cede paso a la prevención general negativa, se diga o no expresamente.

Sería injusto, no obstante, atribuir a Jakobs ideas como la renuncia a esfuerzos por integrar al discrepante o al peligroso, que no deben realizarse, sino que lo adecuado es acabar con ellos, pues esas ideas se pueden encontrar ya en Mezger y otros. Pero tampoco se trata de reducir a Jakobs a la etiqueta de penalista «anticuado» y propio de una época de Europa ya superada, pues se trata de un *pensador actual*, que no es «del pasado», sino del presente, y así ha de tenerse la creación de categorías como «derecho penal del enemigo» enfrentada a la de «derecho penal del ciudadano».

El uso de la palabra «enemigo» encierra la idea de que la política criminal se ha de configurar como una estrategia de guerra, contra sujetos que no solo atacan a bienes jurídicos importantes para los ciudadanos, sino que quieren destruir el modelo de vida y de sociedad que esos ciudadanos desean tener, dotada de garantías y de libertades, y, ante un posicionamiento como ese, que es el de un adversario, solamente puede responderse con la «guerra» penal.

Los defensores de Jakobs sostienen que su admirado autor no postula la intimidación ni la dureza punitiva, sino que su sistema aspira a no tener que aplicarse a nadie, pero que eso no obsta para tener claros los objetivos del derecho penal, que son irrenunciables, y que incluyen, en una primerísima línea, la necesidad de defenderse mediante intervenciones contundentes ante el menor indicio de riesgo contra el sistema de convivencia.

El relativo éxito de este autor se debe, en mi opinión, a factores externos, como el auge del terrorismo en Europa, así como los fenómenos criminales que se asocian a la inmigración masiva, pero también a una tendencia, visible en los sectores conservadores, a tratar al sujeto delincuente como un individuo que no ha *querido* participar del

orden constitucional y, por lo mismo, no tiene por qué pretender un equipamiento subjetivo de derechos constitucionales, cuando solo es una fuente de peligro para la convivencia de los demás.

En un clima así prosperan las propuestas orientadas a duplicar o triplicar el derecho penal, acogiendo en alguna de esas partes especialidades particularmente asegurativas, que alcanzan a la reducción de garantías procesales, o, lo que también es preocupante, la defensa de criterios diferentes de interpretación de las mismas normas punitivas dependiendo de la clase de delito y de delincuente.

Lo he dicho al inicio y lo repito ahora de otro modo: ¡Ojalá que la admiración por Jakobs y sus ideas sean solo una moda! Ahora bien, y que nadie se engañe: ideas como las del autor alemán las defienden también penalistas españoles que utilizan otras «etiquetas» para denominar a sus propuestas de sectorización del derecho penal y la concentración de sus esfuerzos en grupos concretos de infractores.

### 3.5 La «organización criminal» y el «autoblanqueo», de fenómeno nuevo a acusación automática

Basta asomarse a la práctica para comprobar que en los escritos de acusación de estos tiempos se añaden habitualmente, prácticamente como «*cláusula de estilo y cierre*», las imputaciones de organización criminal y autoblanqueo. Para ello, a los acusadores les basta con dos datos: que se ha cometido un delito generador de dinero y que en la ejecución del hecho ha intervenido más de una persona. Lo menos que le sugiere eso al observador es que no puede ser fruto de una reflexión profunda. Veamos por separado el tema, comenzando por la imputación de organización criminal.

Si se repasan los títulos de reuniones, seminarios, mesas de debate, de los últimos años, el tema de la criminalidad organizada se lleva, aparentemente, la palma del interés penalístico, como si fuera el problema central del derecho penal. Por supuesto que no estoy yendo al extremo contrario (negar la importancia), sino a denunciar cómo ha entrado el problema de la «organización criminal» en nuestro derecho penal positivo, que se concreta en dos manifestaciones: la creación de una *tipicidad autónoma* de pertenencia a una organización criminal, y la introducción de un *criterio para agravar las penas*, que es el de la pertenencia a organización criminal. La idea que subyace a esa agravación es que cualquier comportamiento delictivo es necesariamente más grave por que el autor o autores pertenecen a una organización, lo cual se acepta con incomprensible facilidad, a pesar de ser, en relación con muchos delitos, simplemente *falso*, y, aunque solo sea como

ejemplo, basta pensar en la agravación del asesinato porque el autor pertenece a una organización criminal, como si eso hiciera que el asesinato cometido por un lobo solitario fuese menos grave.

A esa censurable idea se ha de añadir otra reflexión crítica, pues ese criterio agravatorio de las penas es, en esencia, «excepcional», lo cual no es, por principio, aceptable *en el derecho penal del hecho*.

No sería correcto negar el impacto que para la política criminal supone asumir la importancia de las organizaciones criminales, y, por supuesto, las dificultades que conlleva trasladar ese fenómeno al derecho penal, pensado para individuos. La atribución de decisiones y la imputación de delitos en los hechos que proceden de la actividad de grandes grupos criminales no es fácil, y el riesgo de no atinar con los auténticos responsables es elevado, pero la solución no puede ser incrementar la responsabilidad penal por el solo hecho de la pertenencia a la organización, que es lo que se está haciendo en la *praxis* española, con el aval de la ley, pues son muchos los preceptos que declaran, en relación con un amplio grupo de delitos, que las penas se agravarán *si los hechos fueran cometidos en el marco de una organización criminal*, cuando eso, en sí mismo, es un dato de importancia criminológica indudable, pero por sí mismo no genera *en todo caso* un aumento de la antijuridicidad de la conducta, sin perjuicio de que en relación con algunos delitos sea la organización y su mantenimiento el centro obligado de la actuación penal (por ejemplo, en terrorismo o en tráfico de personas para la explotación sexual).

Lo que no es admisible es que se haya simplificado el concepto de organización criminal al extremo de que *cualquier supuesto de codeincuencia se transforma en organización criminal*, para así poder aumentar la penalidad imponible, o, lo que también se ha visto, alargar el plazo de prescripción.

Es fácil comprender que no es lo mismo realizar una concreta acción que se suma o añade a otras de otras personas, que formar parte de un grupo que ejecuta un programa común. La idea de «formar parte» no puede interpretarse extensivamente (proceder prohibido en derecho penal) y llegar a entendimientos laxos. El concepto penal de proyecto común se construye a partir de la idea de la conspiración, y los conspiradores han de tener una relación común y con el proyecto delictivo y eso se ha de plasmar en un programa, y no basta una suposición derivada de conocimientos personales previos o relaciones familiares o sociales.

Ampliar la esfera de sujetos diciendo que hay relaciones entre ellos sería equivalente a sostener que la mera codeincuencia solo puede existir *entre sujetos que no se conocen de nada*, lo cual es gro-



tesco, puesto que lo normal es que los copartícipes se conozcan antes del delito, e incluso que prefiguren lo que va a hacer cada uno. Si eso es lo humanamente normal y, por otra parte, el CP describe diferentes modos de participación, no tiene sentido que lo «normal» conduzca a tener a *todos por autores*, como si las otras categorías de participación estuvieran reservadas a personas que ni se conocieran ni pactaran nada previamente, y, aún más, a fundamentar la existencia de *una organización criminal*.

Por otra parte, nos encontramos con que la doctrina del «acuerdo previo», que está presente en la imputación de integración en organización criminal, ha de dar respuestas a problemas espinosos: en primer lugar, ¿qué es un «acuerdo»? ¿cómo y cuándo surge? ¿es expreso, tácito, positivo, omisivo? A estas cuestiones la jurisprudencia española ha dado las respuestas más dispares e insatisfactorias.

En frecuentes escritos de acusación de los Fiscales se imputa, junto con el delito originario generador de un rendimiento material, el blanqueo (por cualquier cosa que se haya hecho luego con esos bienes) y, si ha habido más. Pero no se detiene ahí el Fiscal, sino que invoca el artículo 302 CP para justificar un aumento de pena fundado en ese artículo (que se refiere a la comisión del blanqueo de modo organizado) y además acusa de delito de pertenencia a organización criminal, sin que le preocupe la lesión del límite *non bis in idem*, pues ese mismo (supuesto) hecho, le sirve para agravar la pena dos veces.

En diferentes tipos de delitos se agrava el hecho por la pertenencia del sujeto a organización o grupo. Si esas específicas cualificaciones no existieran tendríamos un concurso de delitos entre el artículo 570 bis o ter y los concretos delitos. Pero a veces, como sucede con el blanqueo, no es así, y de todas las interpretaciones posibles la única inadmisibles es la del concurso de delitos entre el correspondiente tipo cualificado y los delitos tipificados en los artículos 570 bis o 570 ter, pues el dato de la pertenencia a organización sería utilizado por partida doble sin un diverso fundamento habilitante (*non bis in idem*).

Pero vayamos a la propia imputación de permanencia a organización criminal. No tiene interés traer a colación las razones que determinaron al legislador a crear los delitos de pertenencia a organización o grupo criminal. Pero lo cierto es que desde su entrada en el Código penal se han multiplicado los problemas para diferenciar esas figuras de la mera codelinquencia, de la coautoría, de la conspiración y del delito de asociación ilícita.

Según el propio CP una organización criminal es una «agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diver-

sas tareas o funciones con el fin de cometer delitos». Aparecen así elementos como son la diversidad o división del trabajo, el convenio sistemático para el logro de propósitos específicos. La exigencia de estructura implica también la idea de jerarquía. Exige también el artículo 570 ter que la estructura sea «estable o por tiempo indefinido», lo que en buena lógica debe dejar fuera de radio a la organización «transitoria», que, en cambio, es aceptada (sin base legal) por el TS para algún específico tipo cualificado, como, p. e., el artículo 369 bis y la organización para el tráfico de drogas. El carácter transitorio de la organización también se prevé expresamente a efectos de consecuencias accesorias del 129 CP en dos delitos CP (Cfr. arts. 166 y 386 CP).

Pasemos al tema del autoblanqueo:

También es usual, en los últimos tiempos, en especial tras la reforma de 2015, que en los escritos de acusación por delitos que hayan supuesto beneficio económico para sus autores, incluyan la imputación de blanqueo, normalmente referida a las modalidades de tenencia, posesión o utilización. La reflexión sobre la infracción del principio *non bis in idem* se ha ido extendiendo doctrinalmente y en algunos fallos judiciales aparece el rechazo a la acumulación de calificaciones. Pese a ello, se sigue sosteniendo por muchos que, en la lucha contra la corrupción no se puede prescindir de ese armamento, lo cual no es cierto.

La admisibilidad del autoblanqueo ha de ser sometida a muchos condicionantes, y cuestionar severamente si ese instrumento de lucha contra la corrupción no conlleva insalvables contradicciones penales. En la misma línea crítica se han de incluir las extensiones de la imputación de blanqueo a terceras personas que, por la razón que sea, participan en la utilización por parte de los autores del delito.

El tema se completa con el criterio jurisprudencial dominante, que estima innecesaria la acusación de autoblanqueo cuando ya se castiga el delito originario, del mismo modo que descarta el comiso cuando se ha ejecutado debidamente lo dispuesto en el CP sobre restitución y reparación.

### 3.6 La «era de las *compliance*»

No hay que esforzarse mucho para aceptar que, aunque parece que la pasión se mitiga en los últimos tiempos, el tema de los programas de funcionamiento corporativo o de «*compliance*» ha sido un auténtico nuevo campo de trabajo para penalistas (y no penalistas). Se ha llegado a decir que las *compliances* marcan nada menos que el inicio

de una nueva época del derecho penal. Han aparecido empresas y despachos especialistas en configurar programas de esa clase, al punto de que se puede decir que el tema ha generado un sector de negocio. Cuánto durará es otra cuestión.

El origen, aparentemente, se ubica en el Código penal por la importancia que concede a la presencia de esos programas para que las personas jurídicas puedan eludir su responsabilidad penal. Con ello, a todas luces, se restringe el sentido que, por origen y función empresarial, tienen *en otras culturas jurídicas* los programas de funcionamiento corporativo, que van mucho más allá del tema de la responsabilidad penal de las empresas. Por eso, cuando califico al tema de las *compliance* de «moda» me refiero exclusivamente a lo que se supone que son para el derecho penal, y sin poner en duda *la importancia que tienen los programas de cumplimiento normativo en el mundo empresarial*.

Volviendo al derecho penal hay que recordar que los programas no irrumpen en un espacio vacío, pues son muchas las normas legales y reglamentarias que disciplinan la actividad de las empresas, sin olvidar que el deber de controlar a sus propios empleados y directivos, deber que deriva del derecho societario. En segundo lugar, y para un ámbito concreto, los programas impuestos desde el exterior de la empresa a través de la normativa sobre higiene y seguridad en el trabajo, u otros, como los de prevención del blanqueo de dinero o de la financiación del terrorismo o de protección ambiental, y son solo ejemplos, no precisan de un sistema de *compliance*.

El derecho español ha elevado a esos programas a la función de barrera protectora frente a la posible declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica, lo cual es excesivo. A eso se añade el defectuoso modo con que la Ley acoge su función, sin diferenciar ni entre tamaño de empresas ni entre delitos dolosos o imprudentes.

Mientras tanto, conviene recordar que apenas contamos con pronunciamientos judiciales que establezcan criterios sobre suficiencia de los programas en relación con casos concretos. En cuanto al derecho comparado, la situación no es mejor, en primer lugar, porque muchos sistemas penales europeos desconocen la culpabilidad o imputación de la persona jurídica por descontrol.

Por supuesto que es conveniente y deseable que las empresas se doten de programas de funcionamiento que transmitan confianza a terceros y a sus propios socios. Pero los problemas surgen cuando, como hace el derecho español, se establece la conexión entre los programas de cumplimiento corporativo y la posibilidad de declarar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en un sistema, como

el español, en el que, con pocas excepciones, esa responsabilidad siempre deriva de la actuación de una persona física, sea directivo o subordinado.

La presencia de esos programas se presenta como vía para excluir la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues «ésta» habrá hecho lo posible para que las personas físicas que la gobiernan o la sirvan no delincan. Se puede comprobar cómo la innumerable publicidad que han emitido los nuevos «especialistas» en *compliance*, incluye, como mensaje esencial, la virtud escapular de exonerar de pena. Tales programas despliegan la misma función tanto en relación con los delitos dolosos como con los delitos imprudentes. Lo cual, por sí solo, constituye una anomalía dada la diferente configuración del actuar doloso y del actuar imprudente.

Frente a la decisión dolosa de delinquir no es mucho lo que puede hacer un programa de cumplimiento corporativo con sus detecciones de riesgos y sus medidas preventivas. Si el que delinque es el que tiene máximo poder en la empresa, y de ese delito se beneficia la empresa, no sería injusto extender a ésta la responsabilidad penal, pero para eso no se debiera precisar de ningún programa de *compliance*.

Si el que delinque es un subordinado, que, también dolosamente, ha cometido un delito, aunque sea en beneficio de la empresa, imputar a ésta porque no ha sabido evitarlo con un programa de prevención de riesgo, y sin haberlo propiciado directa o indirectamente, resulta excesivo y hasta injusto. Bastante será que deba, en su caso, asumir la responsabilidad civil correspondiente.

Más complicada es la situación cuando se trata de delitos imprudentes, pues éstos, en sí mismos, son por naturaleza la infracción de una norma de prevención. Esas normas de prevención y cuidado pueden ser violadas por una o por varias personas, en relación horizontal o vertical. Patrimonialmente, las empresas responderán en todo caso, y, además, al margen de que esté prevista para ellas la responsabilidad penal de personas jurídicas.

Lógicamente, en los supuestos de imprudencias concatenadas de directivos y subordinados, en los que, efectivamente, la imprudencia originaria del directivo podrá ser no controlar la actividad de los subordinados, se darán motivos suficientes, en caso de graves consecuencias, para sancionar penalmente a las empresas con multas o cierres, además de la responsabilidad patrimonial.

A la vista de todo ello podemos concluir que es impredecible la interpretación que pueda hacer la jurisprudencia de la regulación legal. La omisión del deber de controlar a los subordinados opera bien para las estructuras de imputación por imprudencia, pero para eso no

se necesitaba una compleja regulación de la RPPJ, pues, desde el punto de vista político-criminal, habría bastado la dogmática de la imprudencia para imputar a cadenas de personas físicas, dejando para la persona jurídica la responsabilidad patrimonial o, eventualmente, la consecuencia accesoria de suspensión o cierre.

Surge después la preocupación por evitar que la persona jurídica se vea en el trance de sufrir las consecuencias de conductas dolosas que, en provecho de ella, han realizado personas físicas. La idea esencial es que se pueda proclamar a los cuatro vientos que «ella» (la persona jurídica) no quería que eso pasara, y la prueba está en los catecismos que rigen sus actividades.

El problema penal de las *compliance* se produce, en realidad, por la excesiva función que se les ha dado, que, con la sola excepción italiana, no tiene parangón en el derecho comparado.

Resumiendo: pocas son las condenas a personas jurídicas. Menos aún los fallos que valoran la importancia de un programa de cumplimiento. Desde esa realidad es evidente que la atención y dedicación que recibe el tema de las *compliance* es realmente excesivo. Por eso lo califico de moda.

#### 4. RECAPITULANDO SOBRE LA REALIDAD PENAL

Los diferentes temas que he agrupado como mitos y como modas, tienen o han tenido importancia en el derecho penal o en la ciencia penal, cuestión diferente es que la atención haya sido desmedida o desproporcionada.

Mientras tanto, el derecho penal nos desborda, y me refiero solo a los penalistas. Ese es un hecho que no precisa debate, y a ello me he referido en otros trabajos anteriores, y, por supuesto, no es una percepción mía. Hace bastantes años, Hassemer señalaba que para el ciudadano europeo el derecho penal es «el prototipo del derecho», y la explicación es fácil de encontrar: las informaciones judiciales o de conflictos que dominan el periodismo se refieren, en una enorme proporción, a problemas penales. Pero lo peor no es eso, de por sí preocupante, sino que la sociedad sitúa al derecho penal en el difícil papel de fuente de expectativas para la solución de muchos problemas políticos y sociales. Y eso es demasiado, y da lugar a continuadas exigencias de incremento de la intervención penal.

Paralelamente hay una realidad preocupante, que se resume en pocas palabras: la frivolidad de los que tienen el poder y la responsabilidad de cuidar del rigor de la legislación penal, así como la de pla-

near una política criminal eficaz, que respete las funciones del derecho penal, a fin de que no sea obligado calificar de «mito» a principios como el de intervención mínima.

Si los penalistas reclamamos un paso atrás del derecho penal, y el traslado de muchos temas a ámbitos de solución diferentes del derecho penal, somos mirados como ingenuos que no saben lo que es la responsabilidad del poder político.

No veo razones para tener esperanzas. Hace poco hemos tenido elecciones legislativas. No pretendo decir (sería absurdo que lo hiciera) que el problema penal ha de ser la primera cuestión que abordar por los políticos, porque no lo es, y la preferencia la tienen otros problemas. Pero el penal está entre los problemas importantes, como lo demuestra el que no haya político español que en sus manifestaciones públicas deje de mencionar, antes o después, un tema relacionado con el derecho penal, por no hablar de la tentación de usar esos temas como argumento político.

Pues bien, basta un rápido repaso a lo que se decía en los diferentes programas electorales del pasado mes de abril de 2019 para constatar la *frivolidad* a la que me he referido antes. Veamos algunos botones de muestra:

A) De la dureza de las penas en España, tema del que los penalistas hemos hablado hasta la saciedad, *no trata ningún programa*, con excepción del presentado por el Partido Popular, que considera poca esa dureza y postulaba la necesidad de aumentar el número de delitos a castigar con prisión permanente.

B) De la lectura del programa socialista se desprende que nuestras urgencias penales están encabezadas por la necesidad de suprimir la forma agravada de las coacciones cometidas por piquetes. A renglón seguido, se quiere recuperar la jurisdicción universal para la Audiencia Nacional, eso sí, sin cuestionar la exclusividad competencial de la Audiencia Nacional, que es cuestionada ampliamente. Eso, compartido por Podemos, se considera más urgente que el aumento de órganos judiciales para reducir la insoportable duración de los procesos penales, y, por supuesto que la valoración del volumen de nuestra población penitenciaria.

C) Como mito he mencionado el principio de proporcionalidad, y como exhibición de superficialidad hay que tomar lo que se dice en el programa socialista sobre el objetivo de «fortalecer» no solo el principio de proporcionalidad, tan invocado como inoperante, sino también *el principio de legalidad* (¡). Esos principios se extienden también a los «principios» de subsidiariedad y reinserción social.

D) Del sentido de este último objetivo, y, a su vez, del significado del artículo 25 de la Constitución ya se ha dicho bastante. De las instituciones o figuras penales que propician la reinserción se ha dicho menos, sin desdeñar, claro está, lo referente a la mediación y a la conciliación. Pero de lo más importante, que sería el serio propósito de reducir la presencia de la pena privativa de libertad, nada de nada, sin entender que la idea de reinserción tiene plomo en las alas a causa de la severidad y extensión que la privación de libertad tiene en España.

E) Algo similar se puede decir del propósito de fortalecer el principio de «subsidiariedad», al margen de que ese no sea un principio, sino, en teoría un «carácter» del derecho penal, que significa que el derecho penal, en la mayoría de los problemas que el derecho regula, debe complementar lo que otras ramas del sistema jurídico. La subordinación de partida del Derecho Penal a otros medios de control y solución que ofrecen, por ejemplo, el Derecho Administrativo o el Derecho Mercantil en puridad se podría entender «idealmente» como una consecuencia de los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de intervención mínima y fragmentaria. Frente a ese vapuleado ideal nuestro presente es el aumento incontrolado de leyes penales.

F) Nuestra realidad no se caracteriza por la racionalidad y la mesura, sino todo lo contrario, y por eso puede tenerse como triste consecuencia que, al cabo de tantos años de clamar por esos objetivos, haya alcanzado la categoría *de signo de los tiempos* la célebre expresión de Roxin: *huida al derecho penal*.

G) Nada más lejos de mi ánimo que restarle importancia al problema de las agresiones sexuales. Pero de ahí a transformar ese grave problema en *el centro absoluto de los problemas penales*, hay un trecho. Que en los programas electorales se llegue a decir que hay que reformar el Código penal (otra vez) a fin de que se garantice que «la falta de consentimiento de la víctima será clave en los delitos sexuales», idea que se proclama como si fuera desconocida en el Código vigente, pero ninguno de los comentarios que ha merecido la obviaidad de que «no es no», o «sí es sí», como prefiere el programa de Podemos, ha hecho mella en el pensamiento jurídico de los autores del Programa, que, inaccesibles a las advertencias, anuncian la supresión del delito de abuso sexual, que no transmite adecuadamente el «carácter coactivo inherente a todo comportamiento sexual que se impone a otra persona». A cambio, inevitablemente, se anuncia una tipificación «específica para cada caso», con lo cual, en resumen, se dice que se suprimirá el delito de abusos sexuales y en su lugar se

introducirá *un catálogo de subtipos* de agresión, que propiciarán, con toda seguridad, enormes problemas interpretativos.

H) Si de interpretación hablamos, no podemos olvidar que, en los meses inmediatamente anteriores a la convocatoria de las elecciones legislativas, y siempre al hilo de las polémicas sobre las agresiones sexuales, *surgió, y sigue estando presente*, la pretensión de «revolucionar la teoría de la interpretación». El origen de la cuestión fue *la legítima insatisfacción* de algunos sectores por ciertas sentencias en materia de agresiones sexuales. De ahí se ha llegado, nada menos, a un cuestionamiento global del sistema penal, y a la exigencia de leyes que reduzcan al mínimo la función jurisdiccional. Una durísima campaña contra jueces y fiscales fue la primera fase.

I) La denuncia de incorrección de la ley como causa del fallo injusto era compartida sin discusión, por lo que la consecuencia obligada era exigir una intervención técnica del legislador que obviara el riesgo de repetición de un fallo parecido. A partir de ese dislate programático se sucedieron las más peregrinas ideas. Pero de ellas la que resulta más preocupante, y, por lo visto, es compartida por el Gobierno, es la exigencia de que la ley penal incluya unas *pautas obligatorias* para lograr *la interpretación «en clave de género»*. Otra exigencia, paralela, era, y es, que se ha de modificar el Código penal a fin de que quede fuera de duda *que «no caben interpretaciones»*, lo que comporta el recurso a definiciones vinculantes *para garantizar que el sentido de los tipos no dependa de la interpretación de los jueces*.

¿Adónde vamos? Todo eso son saltos atrás en la evolución del Estado de Derecho, y no parece haber especial consciencia de lo que significa la función jurisdiccional como garantía de la mejor aplicación de la Ley, al margen de desacuerdos que ha de resolver un adecuado sistema de recursos.

J) Regresando a los programas electorales, y lo que dicen que afecte al derecho penal, que, por cierto, se presenta como el causante de todos los desarreglos que vive la sociedad española, el siguiente tema inaplazable es *la abolición de la prostitución (problema antiguo donde los haya)* y erradicar la trata de seres humanos con fines de explotación sexual, hecho que hace tiempo que está regulado en el Código penal. La abolición de la prostitución, como idea, tiene una dimensión cuasi utópica, salvada la vía de una represión altísima, que tampoco acabaría con ella, y otra, que es la más importante, de descalificación de todos los partidarios, que son muchos, de la reglamentación de la prostitución. Es evidente que, en esto, como en el tema de los vientres de alquiler, se ha impuesto el feminismo radical. En materia de programas, y curiosidades penales, los demás no van a la zaga.



Todos creen que el manejo de la legislación penal es tan simple como el mecanismo de un chupete o de una peonza, o, peor aún, que cualquier problema se resuelve con el mazo o el bisturí del derecho penal. Y, por supuesto, no se puede desperdiciar la ocasión de hacer populismo punitivo con las leyes penales.

K) En un alarde de aferramiento a lo que ha venido haciendo en los últimos tiempos (utilizar la cuestión penal como tema de gancho electoral) propone recuperar el delito de convocatoria de referéndum, ampliar la aplicación de la cadena perpetua y lo mismo con la apolo-gía del terrorismo, ese tema que nunca abandonará, como el monopolo de la preocupación por las víctimas del terrorismo, cual si el terrorismo fuera un drama solo percibido y sentido por el pensamiento más conservador.

L) Coyuntural, con perfume electoralista, es la promesa de Ciudadanos de prohibir por ley el indulto a los condenados por rebelión o sedición. La legislación de indulto exige una reforma amplia y urgente, pero si se abre la vía de establecer una lista de excepciones difícil será decidir cuántos son los delitos que entran en la lista, y, a partir de ahí será cuestionable la subsistencia de la institución del derecho de gracia que, pese a sus detractores, tiene suficientes ventajas como para mantenerlo. Pero la cuestión tiene una gravedad mayor, pues, en los últimos tiempos se oyen reclamaciones de prohibir el indulto o de alargar, o suprimir, la prescripción de algunos delitos. Estas dos instituciones penales, que los especialistas consideramos sobradamente fundadas y llenas de sentido, son vapuleadas por demagogos de todos los colores. Se ha llegado a decir que el derecho de gracia, sustento del indulto, es una antigualla residuo de tiempos pasados, insoportable e inútil en la actualidad.

Claro que la regulación del indulto se ha de revisar, pues es obsoleta la Ley de 18 de junio de 1870, sobre todo, porque no contiene ninguna indicación orientativa acerca de cuándo procede concederlo y cuáles son las razones político-criminales que pueden explicarlo, y esa es una puerta abierta a la irracionalidad y las desviaciones que se han producido en alguna ocasión, con las que se ha desvirtuado su carácter de vía excepcional de regulación de la respuesta penal, pero no solo porque le interese así al que lo pide, sino porque la racionalización de la respuesta punitiva así lo exige.

M) No son menores las enormidades que se dicen de la prescripción, como, por ejemplo, que los delitos relativos a la corrupción (y no solo esos: sexuales, tributarios, contra menores, y la lista sigue) tienen señalado plazos prescriptivos demasiado breves, a pesar de que esos plazos prescriptivos no son inferiores, antes, muy al contrario, a los

que señalan las leyes penales de los demás Estados de la UE. A eso se añade el desacuerdo sobre la clase de delitos que merecerían «no prescribir», o tardar mucho en hacerlo, no puede consensuarse con claridad, pues a muchos les parecería mejor que no prescribiera una violación, o dar drogas a menores, o un atentado terrorista, que aplicar la imprescriptibilidad al funcionario que metió la mano en los negocios a su cargo. La solución «ecuánime» a la que se puede ir a parar es que se alarguen todos los plazos, para así contentar a todos, y de ese modo el populismo punitivo habrá marcado otro hito en su incesante carrera en pos de la destrucción del derecho penal civilizado.

A buen seguro, quien lea estas páginas dirá que solo menciono las «heridas» que perciben los penalistas, sin reparar en otras tanto o más graves, que se ven en el funcionamiento de juzgados y tribunales – y no solo la habitual mención a la lentitud – o en el sempiterno tiempo de espera para que aparezca un nuevo Código procesal penal que, de una vez, instaure el principio acusatorio.

No menos preocupación produce el modo en que sigue operando la prisión provisional, cuya función y fines son cada vez más «teóricos» pues su función real, en muchos casos, es la de pena impuesta sin proceso, sin perjuicio de que muchas veces se pueda explicar por la peligrosidad del sujeto o por el riesgo de fuga.

Pero también flota en el argumentario que la justifica la presión social sobre el juzgador, que habrá de enfrentarse a seguras críticas si no actúa «como se espera», de manera tal que tácitamente se le indica al juez que debe o puede anticipar la respuesta penal al hecho, esto es, comenzar a aplicar el castigo. El problema esencial es que falta por declarar la culpabilidad, y, como corolario, ya que esa «pena material» no es respuesta a la culpabilidad y tiene por qué participar de las teorías sobre los fundamentos y fines de la pena que se consideran añadidos para la pena en sentido estricto, y no material.

En esa misma línea de perversión de funciones es fácil observar que en todos los frecuentes debates sobre medidas adecuadas para la lucha contra la llamada inseguridad ciudadana, es frecuente la discusión sobre la contribución de la prisión provisional a la seguridad ciudadana, y en esa dirección se señalan como problemas la renuencia de los jueces de instrucción a acordarla (al menos tanto como desearían los medios), o la imposibilidad de imponerla a los sujetos acusados de faltas, que integran una buena parte de la delincuencia menor profesional.

Late, y eso es visible, un deseo de que la prisión provisional, como posibilidad, ejerza funciones de prevención general, y, en relación con el grupo de delincuentes «insidiosos», sea incluso la respuesta neces-

ria y adecuada, es decir, una función de prevención especial. Si se añade que la prisión provisional para la pequeña y masiva delincuencia habitual puede constituir la parte mayor del castigo que se les pueda imponer concluiremos fácilmente que a través de ella se desea organizar un subsistema penal.

Termino ya estas reflexiones, desordenadas y tal vez contradictorias. Ya sé que he tocado un excesivo número de cuestiones y, a pesar de eso, muchos echarán a faltar sus propias ideas, tanto sobre mitos y modas como sobre problemas reales.

Así las cosas, solo puedo pedir al lector que tome estas páginas solo como un vuelo sobre problemas de nuestra especialidad, a la que dedicamos nuestra vida académica, y así poder debatir sin prejuicios de clase alguna.

Quiero, por último, reiterar mi gratitud y afecto a mis amigos de Salamanca, con los que espero seguir colaborando durante muchos años.

# Actualidad de Luis Jiménez de Asúa en 2019, a los 130 años de su nacimiento y a los 49 de su muerte (1)

ANTONIO CUERDA RIEZU  
Catedrático de Derecho Penal  
Universidad Rey Juan Carlos

## RESUMEN

*Examen de la persona y la obra de Luis Jiménez de Asúa, con el fin de destacar la actualidad de su pensamiento, a partir de sus propias declaraciones.*

Palabras clave: *Derecho penal; Ciencia del Derecho penal; Exilio.*

## ABSTRACT

*Examination of the person and work of Luis Jiménez de Asúa, in order to highlight the relevance of his thought, based on his own statements.*

Keywords: *Criminal law; Science of criminal law; Exile.*

## I. AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer al Ateneo y a su Vicepresidente, mi amigo José Antonio García Regueiro, esta invitación para estar esta tarde con ustedes.

---

(1) Sobre la base de este texto dicté una ponencia, notablemente más resumida, en el Ateneo de Madrid, el 16 de enero de 2019, en el Homenaje a Luis Jiménez de Asúa.

Cuando alguien entra en mi despacho de la Facultad se suele sorprender ante la vista de una pared en la que cuelgan los retratos de bastantes profesores de Derecho penal, españoles, alemanes, italianos, portugueses... Al recopilar esta particular galería de penalistas me ha guiado la idea de «poner cara» a muchos de los libros que tengo en mis estanterías. Trato de tener una idea más completa de lo que leo, identificando el rostro de la persona que lo escribió. Incluso en mis clases, cuando menciono a algún autor, suelo indicar en qué Universidad trabaja, si está en activo o si es emérito, todo ello con el fin de que los alumnos se vayan familiarizando con los juristas más importantes. Que al menos su nombre les «suene» si lo vuelven a oír. Detrás de cada idea hay siempre una persona que trabajó para darle forma y transmitirla a los demás.

Este encargo de García Regueiro me ha permitido no solo «ponerle cara» sino además obtener una visión más completa de este gran penalista que fue Jiménez de Asúa. Me he interesado sobre todo por el ser humano y no solo por el especialista en Derecho penal.

Al recibir este cometido, pensé que me iba a ser difícil descubrir cómo era Asúa. Pero estaba equivocado. Asúa tiene una personalidad tan acusada, entusiasta y desbordante, que la pone de manifiesto de muy diversas maneras en todos sus escritos. A partir de sus publicaciones resulta fácil reconocer sus principios vitales, morales, e ideológicos básicos.

Precisamente Jiménez de Asúa fue miembro del Ateneo: Vocal Primero, desde mayo de 1923 hasta marzo de 1930 y después Vicepresidente de la Junta de Gobierno del Ateneo de Madrid (2).

Aunque el Ateneo no es un centro masónico, es conocido que en él figuran muchos símbolos masónicos y que son masones algunos de sus miembros más ilustres, como Manuel Azaña, Presidente de la II República, y que fue también Presidente del Ateneo. Pues bien, don Luis Jiménez de Asúa se inició en la masonería en 1927, perteneciendo a las logias Dantón n.º 7 y Primero de Mayo n.º 19, de Madrid, donde alcanzó el grado 3.º (3).

---

(2) Cfr. J. M. PUYOL MONTERO / E. ROLDÁN CAÑIZARES, «Jiménez de Asúa, Luis (1889-1970)», *Diccionario de Catedráticos Españoles de Derecho (1847-1943)*, Universidad Carlos III de Madrid, versión on line: [http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto\\_figuerola/programas/phu/diccionariodecatedraticos/lcatedraticos/jasua](http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_figuerola/programas/phu/diccionariodecatedraticos/lcatedraticos/jasua), p. 5.

(3) Cfr. J. M. PUYOL MONTERO / E. ROLDÁN CAÑIZARES, «Jiménez de Asúa, Luis (1889-1970)», cit. p. 6.

## II. DATOS PERSONALES

Leyendo el libro de Gregorio Morán, *El cura y los mandarines*, sobre la vida cultural española entre 1962 y 1996, me sorprendió que identificara a las esposas y maridos de los protagonistas que aparecen en su libro, e incluso daba datos acerca de que los hijos de algunos de nuestros próceres (por ej., Gregorio Marañón o José Ortega y Gasset) habían combatido en la Guerra Civil a favor de los rebeldes, llamados también nacionales. Y me di cuenta de que estos datos, que normalmente se suelen silenciar, tienen verdadera importancia porque son elementos que nos pueden servir para situar vitalmente a un personaje.

Aunque yo había preparado una biografía de Luis Jiménez de Asúa para un libro todavía inacabado, me di cuenta entonces de que no sabía nada de sus padres, de si se había casado o no y de si había tenido hijos o no. Y me parecen ahora datos importantes.

Al mencionar que no tenía espíritu deportivo (4) (aunque le gustaba pasear andando o a caballo por el campo), hace una breve referencia a sus padres: «Mis padres se horrorizaban de las corrientes de aire, se espantaban ante una nevada, como casi todos los habitantes adultos de las grandes ciudades españolas de mediados y fines de la centuria pretérita», es decir, del siglo XIX (5).

En la misma obra donde aparece esa referencia confiesa ser romántico (6).

Nuestro homenajeador contrajo matrimonio por la Iglesia católica el 15 de febrero de 1924 con Marta Guadalupe Ramírez Rubio, él con 34 años y ella con 28 años; en 1927 adoptaron una hija a la que llamaron Amalia o Amelia, pues ambos nombres aparecen en las biografías que yo he consultado (7).

Luis y Guadalupe se divorciaron cuando ambos estaban exiliados en Buenos Aires, falleciendo ella en esta ciudad en 1991 (8).

---

(4) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1930, Compañía Iberoamericana de Publicaciones S.A., editorial Mundo Latino, p. 273, reconoce, en referencia a sí mismo, «que no posee la elasticidad de miembros del hombre habituado a los deportes».

(5) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.<sup>a</sup> ed., cit., p. 264.

(6) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.<sup>a</sup> ed., cit., p. 281: «Soy aún lo bastante romántico para que me interesen más las reliquias que el progreso del comercio y la mecánica».

(7) Cfr. J. M. PUYOL MONTERO / E. ROLDÁN CAÑIZARES, «Jiménez de Asúa, Luis (1889-1970)», cit. p. 1.

(8) Cfr. *ibidem*.

Jiménez de Asúa se casó en segundas nupcias el 6 de julio de 1950, esta vez no canónicas sino civiles, con la ciudadana cubana, nacida en La Habana, pero de padres franceses, Blanca María de las Mercedes de Briel David. Él contaba con 61 años y ella, 39. Asúa conoció a su segunda esposa en 1944 y se casó con ella por poderes en México, en el pueblo donde nació Emiliano Zapata (Estado de Morelos, México). Mercedes Briel falleció en Madrid, en la Residencia de la tercera edad El Refugio el 21 de julio de 1999 (9).

Mi maestro, Enrique Gimbernat, me contó que la mujer de Asúa, a la muerte de este en 1970, por un fallo cardíaco (10), donó su biblioteca al Instituto de Criminología de la Universidad Complutense (11) y dado que Asúa era entomólogo, su colección de lepidópteros (mariposas) y coleópteros (por ejemplo, los escarabajos) fue adquirida por la Facultad de Biología de la misma Universidad. Desde joven desarrolló su hobby por los insectos (12). Llegó a ser Vicepresidente de la Sociedad Argentina de Entomología. A mí me resulta asombroso que un único hombre dedicara tanto tiempo y esfuerzo a escribir y a enseñar Derecho penal; solo su Tratado comprende más de 8.000 páginas, pero escribió varios miles más con otros muchos textos impresos; además Asúa tenía la costumbre de relacionar cuidadosamente todas sus publicaciones, numeradas, al final de cada libro que sacaba a la luz. Aún me sorprende más que todavía tuviera tiempo para coleccionar esos bichitos. Pero, claro, entonces no existían ni internet ni los móviles.

José Prats García, socialista, senador, Presidente del Ateneo y masón como Asúa, relató la siguiente anécdota:

«Iba yo con él por una calle de Bogotá, la avenida de Jiménez de Quesada, cuando cayó volandero junto a nosotros un escarabajo. Don Luis, de un salto, lo cogió suavemente y lo metió en un frasquito que llevaba en el bolsillo. Me dio el nombre latino de aquel inexperto

(9) *Cfr. ibidem.*

(10) En 1968, dos años antes de morir, sufrió un infarto que le mantuvo en reposo durante 5 meses. Su salud empeoró y tuvo problemas con el tracto intestinal. Murió de un fallo cardíaco, con 81 años, el 16 de noviembre de 1970. *Cfr.* J. M. PUYOL MONTERO / E. ROLDÁN CAÑIZARES, «Jiménez de Asúa, Luis (1889-1970)», cit. pp. 1-2.

(11) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, 3.ª ed., Buenos Aires, 1964, Prólogo de la 1.ª edición, p. 12: «Al expatriarme, no pude sacar de Madrid más que parte minúscula de mi rica biblioteca, pero sí logré rescatar todos mis apuntes, almacenados desde que estudiaba en Francia, Suiza y Alemania, hace ya treinta y cinco años». Cabe suponer que en Argentina volvió a incrementar su biblioteca.

(12) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.ª ed., cit., p. 265: «En mis años adolescentes profesé decidida afición por la entomología, y aún hoy no permanezco indiferente ante el vuelo de un lepidóptero o frente a una piedra plana en que se guarecen los carábidos».

insecto. Fuimos a visitar el Colegio La Salle, de Bogotá, donde un religioso tenía un buen gabinete de entomología. Colombia tiene mariposas espléndidas. Allí había de todo; don Luis glosaba aquellos ejemplares, pero salió descontento. Me dijo que era la primera vez que un entomólogo no regalaba a otro algún ejemplar interesante. Yo no sé si en aquel religioso de Bogotá –creo que era francés– faltó compañerismo o sobró rencor político. En una excursión de paradisíaca tierra templada próxima a Bogotá –el lugar se llamaba «El Paraíso» y el hotel «La Esmeralda»– fuimos con don Luis, provisto ya de su red para cazar mariposas, y allí privó de libertad –el liberal, como buen madrileño- algunos preciosos ejemplares» (13).

En su juventud Jiménez de Asúa no destacaba en lo que se refiere a ser previsor en asuntos económicos. En 1914, al comienzo de la Primera Guerra Mundial, nuestro homenajeado se encontraba en Berlín con una Beca de la Junta de ampliación de estudios, organismo derivado de la Institución Libre de Enseñanza, y confiesa que entonces «Barcia y yo, extraordinariamente imprevisores, no teníamos un céntimo a fines de mes, y como la ruptura de hostilidades se inició en los últimos días de julio, nuestra insolvencia era completa» (14).

Inmerso yo en internet, me sorprende: solo he encontrado dos calles dedicadas a Luis Jiménez de Asúa, una en Madrid, en la zona de Sanchinarro, y otra en Móstoles, pero no en ningún otro lugar de España. Ninguna plaza, ningún monumento, ni siquiera una placa que le recuerde.

### III. SIGNIFICADO COMO PENALISTA

Paradójicamente, y pese a ser «el más importante penalista de habla hispana de todos los tiempos» (15), su obra es poco citada en la actualidad por los españoles. Tal vez influya en esto que Jiménez de Asúa fue considerado por el franquismo uno de los más conspicuos enemigos del régimen (fue Presidente de la República en el exilio

---

(13) J. PRATS GARCÍA, «Sesión de clausura. Luis Jiménez de Asúa, un madrileño universal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 11 monográfico: Estudios de Derecho penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, 1986, p. 27.

(14) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.<sup>a</sup> ed., cit., p. 193, donde continúa contando que quince españoles tuvieron que huir hacia Ámsterdam, y luego tomar un barco hacia La Coruña.

(15) Estas son palabras de E. GIMBERNAT ORDEIG, «El exilio de Jiménez de Asúa», en su libro *Estudios de Derecho Penal*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1990, Tecnos, p. 15.



desde 1962 hasta su muerte en 1970 (16) y por lo tanto el régimen de Franco se encargó de silenciar su figura y su obra.

Sin embargo, Jiménez de Asúa, como otros personajes que destacaron en su época, pretendió elevar el nivel de la cultura y la ciencia española, tal vez para superar la gran depresión nacional que se derivó de la pérdida de las colonias españolas en América en 1898. Por otra parte, don Luis llevó a cabo lo que se suele denominar un cambio de paradigma en la ciencia del Derecho penal. Ese importantísimo cambio lo realiza en su libro *La teoría jurídica del delito. Discurso leído en la solemne inauguración del curso académico de 1931 a 1932*, Madrid, 1931.

Por cierto, que un ejemplar de este libro me lo prestó Rufino Ortega, padre de Luis Ortega Álvarez, Catedrático de Derecho administrativo y Magistrado del Tribunal Constitucional, ejemplar cuidadosamente encuadernado que Don Rufino –persona muy cariñosa conmigo– había estudiado en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Lamentablemente nunca tuve oportunidad de devolvérselo...

Jiménez de Asúa explica que, como estaba inmerso en la redacción de la Constitución de la II República, intentó que este Discurso lo pronunciara otro Catedrático, pero al tratarse del primer año republicano se sintió obligado a abordar la tarea. Por eso tuvo que escribir este Discurso en solo tres semanas, sobre la base de anteriores explicaciones en las Universidades de Santa Fe (Argentina) y Montevideo (Uruguay).

Antes de él y por influencia del positivismo, durante cincuenta años, en las universidades españolas no se explicaban las normas del Derecho penal, sino la Antropología criminal (o Criminología) de Lombroso o la Sociología criminal de Ferri, cosa que no ocurría ni con el Derecho civil ni con el Derecho administrativo, en cuyas asignaturas se interpretaban los preceptos correspondientes (17). Frente a esta tendencia, Asúa denuncia lo que él llama el «divorcio entre orientación y técnica en Derecho penal». Y añade:

«Criminología y Derecho penal son dos conocimientos que viven su mundo aparte, tan distintos que el día en que los criminólogos acaben de construir su disciplina y las gentes profanas tengan fe en ella, como la tienen hoy en la Medicina, el Derecho penal habrá

---

(16) Se puede escuchar un discurso con la voz del propio Asúa con motivo del aniversario de la instauración de la República, el 14 de abril de 1963 en: <https://www.youtube.com/watch?v=FI9wWN7rAdw>. Aunque ciertamente es difícil entender lo que dice.

(17) Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito*, cit., pp. 21-22.

muerto. Pero mientras llega ese instante –de venturosas posibilidades– no se puede abandonar el estudio de la técnica jurídica, so pretexto de que hay una ciencia llamada Criminología» (18).

Para facilitar el estudio de la técnica jurídica, Asúa sigue el camino trazado por su maestro alemán Franz Von Liszt (19) y expone la estructura del delito, primero en su aspecto positivo, examinando acto, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, condicionalidad objetiva y punibilidad; y después en su aspecto negativo, la ausencia de actividad, la atipicidad, las causas de justificación, los motivos de inimputabilidad, la ausencia de inculpabilidad, la ausencia de condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias como causas de impunidad (20).

A partir de esta Lección inaugural del curso 1931-32, impartida por Asúa cuando tenía 42 años, este esquema, con ligeras variaciones, se impone en todas las Facultades de Derecho de España, hasta la actualidad. Ya solo por esto Jiménez de Asúa se merece un puesto de honor entre los penalistas españoles. Aunque hay más razones. Pero si todavía viviera, estoy seguro de que nuestro homenajeado se sentiría orgulloso al comprobar que la semilla por él plantada ha crecido y se ha desarrollado, hasta el punto de que el nivel de nuestra disciplina en España se puede considerar hoy día como muy bueno.

#### IV. SIGNIFICADO COMO INVESTIGADOR Y UNIVERSITARIO

Nuestro personaje manifiesta una vocación muy temprana por el Derecho penal:

«desde mi juventud –casi diría desde que me sentaba en los bancos de las aulas de la Universidad de Madrid-, el Derecho penal acaparó todas mis aficiones y al fin todas mis actividades» (21).

(18) Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito*, cit., pp. 25-26.

(19) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El estado peligroso del delincuente*, cit., p. 9: «La muerte de von Liszt, nuestro maestro, el gran defensor de muchas de las ideas que aquí expondremos, nos entristece aún. Murió el 21 de junio de 1919, después de grandes sufrimientos físicos y morales».

(20) Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito*, cit., p. 30.

(21) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El pensamiento jurídico español y su influencia en Europa*, Buenos Aires, 1958, Abeledo-Perrot, p. 10. La vocación por el Derecho penal no le abandonó nunca: «Desde el 1.º de octubre de 1916, salvo el paréntesis de ocho meses en que estuve fuera de mi cátedra por los atropellos de la Dictadura a la libertad de enseñanza y a la decencia pública, expliqué asiduamente y con apasionada voca-

Jiménez de Asúa es el penalista que refuerza (junto con Quintiliano Saldaña, Eugenio Cuello Calón, o Faustino Ballvé) la costumbre de aprender –entre otros idiomas– alemán y viajar a Alemania, originando así una importante influencia germana sobre los penalistas de habla hispana, tanto españoles como hispanoamericanos (22). Tras la lectura de la tesis doctoral, la Junta de Ampliación de Estudios de la Institución Libre de Enseñanza le concedió una pensión con la que pudo viajar a Francia, Suiza, Suecia y posteriormente a Alemania. Esta tendencia de completar la formación del profesor universitario en un país extranjero, fundamentalmente Alemania, ha llegado hasta la actualidad.

Jiménez de Asúa se dedicó básicamente a lo que nosotros llamamos Parte General del Derecho penal, que comprende el estudio de los aspectos generales del delito y de la pena, y no tanto al examen de los delitos en concreto, que da lugar a la Parte Especial del Derecho Penal. Era lógico que él se centrara ante todo en ese objeto de conocimiento, puesto que los pilares de nuestra asignatura estaban en aquel momento por colocar, y era prioritario el análisis genérico del delito.

Mi maestro Enrique Gimbernat me explicó que Asúa tenía intención de publicar un tratado tanto de Parte General como de Parte Especial (23), pero al darse cuenta de que no podía abarcar ambas Partes, se puso de acuerdo con su colega Antonio Quintano Ripollés (1905-1967) con quien Asúa, aunque le llevaba 16 años de diferencia, tenía amistad, para repartirse el estudio del Derecho Penal, de modo que Asúa se ocuparía de la Parte General y Quintano, de la Parte Especial. Y así fue.

---

ción la disciplina del Derecho penal», L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.ª ed., cit., p. 222.

(22) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.ª ed., cit., p. 82: «Los españoles hemos formado en estos últimos años las juventudes docentes bajo el influjo de la cultura alemana. Sin embargo, la intelectualidad española que vivió y aprendió en Alemania, supo repudiar durante la gran guerra [la Primera Guerra Mundial, 1914-1918] al Estado imperialista y guerrero y se alineó junto a Francia, que nos hablaba de la libertad y del derecho para darnos, después, el más rotundo desengaño».

(23) Lo corrobora el propio L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, 2.ª ed., Buenos Aires, 1956, Prólogo de la 1.ª edición, de 1949, p. 15: «Por el momento mi plan se circunscribe a la Parte general, que será repartida en varios tomos –Introducción, Filosofía y Ley penal, Delito, Delincuente y Sanción–, pero no renuncio a ocuparme de la Parte especial. Sin prisa y sin afares de concluir la ingente tarea, acaso aborde, tomo a tomo, el estudio de los delitos *in specie*». En el Prólogo a la 2.ª edición, pp. 9-10, advierte que, al agotarse la tirada de los primeros tomos de su Tratado, sobre la Parte general, le han obligado a invertir tiempo en una nueva actualización de los mismos, y ya no vuelve a hablar de su intención de ampliar su *Tratado* con la Parte especial.

Cuando tenía 24 años Jiménez de Asúa presentó su tesis doctoral en 1913, con el título *El sistema de penas indeterminadas «a posteriori» en la ciencia y en la vida*, que fue aprobada con la más alta calificación y publicada ese mismo año con el título *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas «a posteriori»* con prólogo de Bernaldo de Quirós.

En esta y en posteriores obras se aprecian al menos cuatro características en el trabajo de Asúa:

En primer lugar, escribe con sencillez, con frases claras:

«El hábito del trabajo intelectual y las exigencias de la investigación moderna –poco dada a frases brillantes y sonoros párrafos– me han acostumbrado a expresarme con sencillez, que no he de abandonar hoy ni aun para rendir mi cordial agradecimiento a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, que me ha honrado invitándome a tomar parte en estas Conferencias» (24).

En segundo término, solo se expresa acerca de lo que conoce: «*Libre* era el tema; pero para mí venía *determinado*. Sólo gusto hablar de aquello que conozco, de las materias a las que he consagrado mi vocación y mi actividad» (25).

Una tercera característica es que destaca que sin libertad «no es posible Ciencia ni Derecho (26)».

Pero en mi opinión lo más importante es que ya en esa obra sobre *La sentencia indeterminada* sigue un método científico. Me explico: no da argumentos de autoridad (al estilo de «porque lo digo yo, que sé mucho de esto»), sino que expone exhaustivamente las opiniones de los autores, de diversos países, alemanes, suizos, franceses, italianos, e incluso un inglés, para después establecer una dialéctica entre los argumentos de todos ellos y razona su toma de posición explicando por qué le convencen más unos argumentos que otros. Y eso es algo que seguirá haciendo el resto de su vida, en todas sus obras.

(24) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal moderno. Conferencia*, Edit. Reus – Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1920, p. 5

(25) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El estado peligroso del delincuente*, cit., p. 5.

(26) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El pensamiento jurídico español y su influencia en Europa*, cit., p. 98. En otro lugar critica que la dictadura de Primo de Rivera quisiera imponer un texto único en las enseñanzas, poniendo como ejemplo las Ordenanzas militares, con lo que L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.<sup>a</sup> ed., cit., p. 248, estalla: «¡La ciencia, todo libertad, debate y renovación, comparada con las Ordenanzas militares, cúspide de lo conciso y terminante, sobre las que no cabe la más leve controversia, que no pueden ser objeto de conocimiento científico y que se aprenden al pie de la letra para ser cumplidas sin replicar!»

Esta metodología presupone una enorme capacidad de lectura y una tremenda capacidad de trabajo. Él mismo afirma que cuando estaba redactando el borrador de la Constitución de la II República y el borrador del Código penal trabajaba doce horas diarias y añade: «La intensa jornada de trabajo la hemos cumplido con alegría y optimismo» (27).

Uno de los dos problemas a los que se enfrenta Asúa en esta tesis doctoral todavía muestra su actualidad. De acuerdo con el principio de legalidad, la pena tiene que estar determinada. Ahora bien, de la pena determinada se derivan, dice Asúa siguiendo a Vidal, estos dos resultados:

«1.º, obligación por parte de las autoridades penitenciarias de detener á los condenados hasta la expiación de su pena por muy convincentes que sean las pruebas de su enmienda, é imposibilidad, por tanto, de ponerlos en libertad, aunque esa enmienda, sea cierta; 2.º, obligación de poner en libertad á los condenados al terminar la pena, aunque no estén reformados, y aunque se tenga la fijeza de que una vez en libertad cometerán de nuevo delitos, y que su liberación, por tanto, es un peligro social; imposibilidad de prolongar la detención de estos malhechores peligrosos y de mantenerlos en estado de impotencia de dañar mientras tanto sean dañadores» (28).

Es cierto que el primer resultado se suele asumir hoy en día como acatamiento del principio de legalidad y en aras de la prevención general. Y que también existen diversos instrumentos que permiten poner en libertad a esos delincuentes socializados o resocializados –diríamos a fecha de hoy–, como la libertad condicional, la suspensión de la ejecución de la pena, la sustitución de las penas privativas de libertad por otro tipo de penas, etc.

Pero el segundo resultado sigue vigente en la actualidad, bajo la pregunta ¿qué hacemos con los delincuentes sexuales, terroristas u otros que concluyen el cumplimiento de su pena y siguen siendo peligrosos? ¿se les somete a una medida de seguridad como la libertad vigilada, ya prevista en el vigente Código Penal (29), que es en realidad predelictiva?

Asúa, que es favorable al sistema de penas determinadas a posteriori, ofrece este argumento, muy compartido, del Congreso peniten-

(27) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito*, cit., p. 6.

(28) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas «a posteriori»*, Madrid, 1913, Hijos de Reus, editores, p. 63.

(29) Arts. 96, 3.ª, que la prevé como medida de seguridad, y 106, que indica el posible significado de la medida. La duración está prevista en el art. 105.1 y 2. El control del Juez de Vigilancia Penitenciaria y del Tribunal sentenciador se establece en el art. 98.

ciario de Cincinnati, de 1870: «establecer una medida fija para cada delito, es tanto como si un médico prescribiese un tratamiento á un enfermo, imponiéndole el día en que había de salir del hospital, estuviera o no curado» (30).

En cuanto a la docencia, Asúa advierte que «lección» viene de leer y esto es verdaderamente lo que hacían los profesores cuando no existía la imprenta (31). Pero ante la masificación de alumnos, Jiménez de Asúa no tiene más remedio que impartir lecciones o clases magistrales; ahora bien, junto a estas, propugna el sistema más activo para un grupo de alumnos: el del trabajo en seminarios, como el que ya entonces existía en las universidades alemanas; los alumnos que querían trabajar en dichos seminarios eran seleccionados mediante un examen de cultura general, que comprendía cuestiones de arte, literatura o historia (32). También completaba la formación universitaria con los casos prácticos, mediante un sistema muy minucioso y detallado:

«Los trabajos prácticos, antes de presentarse a los alumnos, se debatían en una sesión de tres horas por J. de A. [sc., Jiménez de Asúa], el profesor auxiliar y los ocho ayudantes. Los supuestos se elegían entre los citados en «Casos de Derecho penal» del propio J. de A., o se redactaban de nuevo, resolviéndolos antes de entregarlos a los alumnos que tenían una semana para estudiar tales supuestos. Los ayudantes también tenían una semana para estudiarlos. Al cabo de la semana se reunían, a las diez de la noche y en la casa de Jiménez de Asúa, el profesor auxiliar y los ayudantes. Cada uno exponía su punto de vista, empezando por el ayudante más novicio. En esta sesión, que duraba tres horas, se quedaba de acuerdo en la resolución y en la manera de razonarla ante los alumnos. Al día siguiente, a las tres de la tarde, se reunían con los estudiantes para escuchar sus soluciones. La clase se dividía en diez secciones, la primera la llevaba J. de A., la segunda el Profesor Auxiliar y las otras ocho los correspondientes ayudantes.

La [sic] soluciones de los estudiantes debían presentarse por escrito y normalmente comprendían cuatro o cinco folios. Se leía un trabajo en cada grupo y se establecía un debate encauzado por el profesor. Las sesiones duraban de dos horas a dos horas y media. Posteriormente se calificaban los trabajos. Dos días más tarde, el ayudante, auxiliar o Jiménez de Asúa exponían ante los alumnos de su grupo la resolución, con una exposición que duraba alrededor de una hora,

---

(30) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia indeterminada*, cit. p. 67; y L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.<sup>a</sup> ed., cit., p. 233.

(31) Cfr. S. URBINA TORTELLA, *Ética y política en Luis Jiménez de Asúa*, Palma de Mallorca, 1984, Facultad de Derecho, Universidad de Palma de Mallorca, p. 76.

(32) Cfr. S. URBINA TORTELLA, *Ética y política en Luis Jiménez de Asúa*, cit., pp. 76 y 79.

estableciéndose después un diálogo y turno de preguntas sobre puntos oscuros. Se resolvían al año unos veinticinco supuestos y para aprobar las prácticas se requería resolver satisfactoriamente un mínimo de quince» (33).

Asúa propugnaba también que se presentaran delincuentes en las aulas universitarias y que profesores y alumnos visitaran los penales (34). El investigador reconoce que «mi profesión me lleva a visitar en cuantas ciudades tránsito la Penitenciaría o la Cárcel de su territorio» (35).

Aunque inicialmente el biografiado hacía exámenes orales en la universidad, abandonó este sistema porque se convertían en una discusión entre profesor y alumno; optó entonces por un examen consistente en la resolución de un caso práctico (36). También este modelo, de origen alemán, es bastante frecuente entre los profesores penalistas españoles. Mi maestro, Enrique Gimbernat, lo utilizaba; y yo mismo, lo empleo siempre porque los alumnos no tienen que saber de memoria el Código Penal, que posiblemente será modificado, sino que lo que tienen que saber es resolver problemas relativos al Derecho penal.

## V. CARÁCTER FIRME, ENTUSIASTA Y COMBATIVO EN SUS TOMAS DE POSTURA

Jiménez de Asúa manifestó a lo largo de su vida una fuerte lealtad a sus convicciones, lo que le llevó a ser muchas veces rebelde con diversas circunstancias de la vida y combativo para cambiarlas. Si no estaba de acuerdo con algo, lo manifestaba claramente:

«Consciente de la discrepancia no quiero enajenar un derecho, para mí imprescriptible: el de mis propias convicciones, el de mis creencias íntimas, que no se cambian por el logro de un aplauso. A los

---

(33) S. URBINA TORTELLA, Sebastián: *Ética y política en Luis Jiménez de Asúa*, cit., pp. 209-210. Cfr: JIMÉNEZ DE ASÚA, «La metodología docente del Derecho penal y la misión de la Universidad», en *El Criminalista*, 2.ª serie, tomo I, pp. 99 y 104.

(34) Cfr: JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, 2.ª ed., Buenos Aires, 1956, § 53, p. 217.

(35) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.ª ed., cit., p. 299.

(36) Cfr: S. URBINA TORTELLA, *Ética y política en Luis Jiménez de Asúa*, cit., p. 79. Y JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, 2.ª ed., Buenos Aires, 1956, § 52, p. 215; y L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.ª ed., cit., p. 238.

que no comulguen con mi sentir, les ruego serenamente que respeten mis doctrinas como yo sé respetar las ajenas» (37).

Su insumisión aparece ya en su infancia: aunque la familia era muy católica e incluso un tío suyo por parte del padre era canónigo de la entonces catedral de Madrid, Asúa se manifestó ya de pequeño anticlerical (38). Una vez que obtuvo el grado de Licenciatura en Derecho, experimentó las presiones familiares para que preparara las oposiciones de judicatura, pero Asúa se negó, ya que había optado firmemente por la Universidad y la docencia (39).

En una carta Jiménez de Asúa escribe:

«Las diferencias científicas no divorcian a los hombres. Lo que realmente disuelve los lazos cordiales, o incluso puede volverse enemigo, es la conducta discordante» (40).

Es decir, que Asúa está más atento a la conducta que a la ideología política de sus conciudadanos.

A veces Asúa no se muerde la lengua cuando se refiere a otros penalistas, pero conviene contextualizar estos comentarios críticos. Él los hace desde el exilio –no tiene otro remedio– contra los expertos en Derecho penal más franquistas y que campan a sus anchas en territorio español. Aunque afirma que «hemos hecho la apreciación de los libros, no de sus autores» (41), luego reconoce en nota que

«Al releer, con fines de corrección estos últimos párrafos [normalmente laudatorios] me doy cuenta de que he transgredido las normas que el crítico debe respetar, sobre el *no* enjuiciamiento de la personalidad científica de los que aún están sobre la madre tierra. No he querido suprimir lo que antecede en el texto. Salí de la pluma a instancias irrefrenables del sentimiento y pido al lector que por razones afectivas comprenda y disculpe» (42).

(37) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.ª ed., cit., p. 74.

(38) Cfr. J. M. PUYOL MONTERO / E. ROLDÁN CAÑIZARES, «Jiménez de Asúa, Luis (1889-1970)», cit. p. 1.

(39) S. URBINA TORTELLA, *Ética y política en Luis Jiménez de Asúa*, cit., p. 73.

(40) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.ª ed., cit. p. 123; muy similar, op. cit., p. 132.

(41) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, 3.ª ed., cit., § 303, p. 901.

(42) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, 3.ª ed., cit., § 303, p. 902, nota 28 *quat*. En un momento de distanciamiento entre el maestro, Jiménez de Asúa, y el discípulo y colaborador, José Antón Oneca, este se queja precisamente de que Asúa enjuicia críticamente a las personas: cfr. J. ANTÓN ONECA, «La generación española de la política criminal», *En homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa. Problemas actuales de las Ciencias penales y la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, 1970, Pannedille, p. 344.



He aquí algunos ejemplos de sus acervas críticas contra ellos:

Aunque Saldaña y García-Rubio fue su director de tesis doctoral y a él le dedica la versión impresa de la misma (43), después se distancia del mismo, diciendo:

«El propósito [de Saldaña] de citar muchas obras e innumerables autores, le llevó al descuido en la invocación de textos. Sus producciones se resienten de falta de exactitud en los datos o de ilustración general en materias que no eran propiamente penales.

[...]

Todo esto fue causa de que deslumbrara a sus alumnos, aunque bien pronto se apartaban de él. Por eso, a pesar de ser tan propicia la hora en que vivió para haber creado escuela y una pléyade de discípulos, sólo tuvo el seguidor único, a quien antes aludimos: Jaime Masaveu» (44).

Pero, seguramente, la razón de la ruptura de Jiménez de Asúa con Quintiliano Saldaña fue la colaboración de este en el Proyecto de Código Penal de la Dictadura de Primo de Rivera, que fue aprobado en 1928, y sus posteriores simpatías hacia los rebeldes, partidarios del alzamiento nacional de 1936.

Y en referencia al Tratado de Eugenio Cuello Calón (45), autor que había participado en la elaboración del Proyecto de Código penal de 1928 y que ocupó la cátedra de Jiménez de Asúa en Madrid, tras la depuración política de este, dice desde el exilio:

«que por modo inverso al de Silvela, carece en absoluto de originalidad, e incluso de sistema. Trátase de un libro en que cada institución ha sido trabajada a conciencia, pero que lo mismo puede estar aquí que allá, sin desmedro del conjunto. Por otra parte, casi nunca hallarán los lectores el personal criterio del que escribe y cuando lo encuentren podrá apreciarse que el parecer del autor es un conjunto ecléctico y a menudo no sincrético, de las opiniones ajenas. No es un *Tratado*, sino un «Centón», utilísimo para el que se inicia e incluso como guía para el especialista, pero nada más» (46).

---

(43) Vid. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia indeterminada*, cit., p. V: «A Quintiliano Saldaña. Mi maestro». Sobre las adscripciones de Asúa a un maestro, cfr. A. CUERDA RIEZU, «Tabla genealógica-científica de los profesores españoles de Derecho penal en el siglo XX», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 43, 1990, p. 114, nota 5.

(44) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, 3.<sup>a</sup> ed., cit., § 300, p. 883.

(45) También CUELLO CALÓN colaboró en la redacción del Proyecto de Código Penal de la Dictadura que fue aprobado en 1928; lo afirma el propio JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, cit., § 249, p. 777.

(46) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, 3.<sup>a</sup> ed., cit., § 303, p. 899.

En cuanto a la edición del *Código Penal* debida a Cuello Calón, le dispara los siguientes dardos:

«El Código de Cuello Calón ha debido ser compuesto con mucho apresuramiento, pues se ha cometido la falta, imperdonable en una obra de este género, de omitir algún párrafo entero, y precisamente de los introducidos por el legislador franquista: el segundo de la circunstancia 1.<sup>a</sup> del número 4.<sup>o</sup> del artículo 8.<sup>o</sup> (defensa de la morada). Y no es éste el único caso de tan grave omisión. Tampoco figura en el texto publicado por Cuello, el párrafo segundo del art. 60, que sigue vigente» (47).

Y aún le fustiga a Cuello en su condición de Director del *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, resaltando

«la obstinada limitación del director que no permite que se dé cuenta en sus páginas de obras que no le placen y las cierra a excelentes Profesores que valen más que él, [lo que] no es óbice para que esta revista, a causa de sus redactores y colaboradores, pueda reputarse de excelente» (48).

En cuanto a José María Rodríguez Devesa dice lapidariamente:

«El señor Rodríguez Devesa viste uniforme militar, pues es Comandante del Cuerpo Jurídico» (49).

Pero la ruptura más claramente por razones políticas fue la de Asúa en los años 1926-1927 respecto al italiano Ferri, un destacado representante del positivismo, que pasó de ser socialista a ser fascista y que, a partir de entonces, defendió la pena de muerte. Asúa se dirigía a él con un «maestro querido» (50), pero tras el cambio ideológico de Ferri, Asúa le escribió diversas cartas afirmando en una de ellas que le resulta inexplicable el cambio en cuanto a la adscripción política de Ferri y que «en Derecho penal no es indiferente la filiación política» (51).

Jiménez de Asúa declaró su tendencia hacia el socialismo desde muy pronto:

«Declaro paladinamente no sólo mi fe en los espléndidos destinos del socialismo, sino mi adhesión a su programa. No sólo ahora,

---

(47) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, 3.<sup>a</sup> ed., cit., § 306, p. 908.

(48) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, 3.<sup>a</sup> ed., cit., § 307, p. 910.

(49) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, 3.<sup>a</sup> ed., cit., § 303, p. 900.

(50) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.<sup>a</sup> ed., cit. p. 111.

(51) Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.<sup>a</sup> ed., cit., p. 127.

sino en años anteriores al famoso 13 de septiembre de 1923 [fecha del golpe de estado del general Miguel Primo de Rivera], estuve inclinado a enrolarme en las filas socialistas como miembro activo. Me detuvieron antes motivos de vario orden, que ahora no es coyuntura propicia para puntualizar» (52).

Pero lo cierto es que inicialmente, en 1924, se adscribió a Acción Republicana, el partido de Azaña, y solo después, y por influencia del socialista Fernando de los Ríos (sobrino de Francisco Giner de los Ríos, catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho internacional, y creador de la Institución Libre de Enseñanza), se incorpora al PSOE en abril de 1931, y posiblemente también al sindicato UGT lo que provocó una considerable sorpresa entre sus amigos y discípulos. Pese a ocupar Asúa una posición moderada dentro del Partido socialista, hoy llaman la atención sus posiciones al compararlas con las oficiales del partido de la actualidad. Mantuvo su militancia en el PSOE hasta su fallecimiento en 1970. Precisamente el mismo partido consiguió que su cuerpo fuera trasladado desde Buenos Aires al Cementerio civil de Madrid, donde se encuentra enterrado en la actualidad, junto a su esposa Mercedes Briel (53).

Jiménez de Asúa sufrió en su propia persona no solo el duro exilio sino además penas y otras privaciones de derechos. Igualmente, cuando consideraba que la situación política era para él inaceptable, no dudó en renunciar hasta en cinco ocasiones a sus cargos y a su puesto de profesor, tanto en España como en Argentina. Hay que ser muy valiente para hacer eso, especialmente cuando uno no tiene el respaldo de una familia rica; él mismo realizó confesiones en tal sentido: «Es público que carezco de fortuna y vivo de mi trabajo» (54); definiéndose a sí mismo como «los que sabemos ser dignos en la escasez» (55). En estos períodos de renuncia o privación de la cátedra (56) vivía de sus artículos en la prensa o del —ciertamente escaso— ejercicio de la abogacía. Cabe mencionar los siguientes sucesos:

(52) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.ª ed., cit. p. 36.

(53) El Cementerio civil de Madrid se encuentra en la Avenida de Daroca 103, frente al Cementerio de La Almudena. La tumba de Luis Jiménez de Asúa y su esposa es la correspondiente a Cuartel A4, Manzana 27, letra A, próxima al muro que está orientado al nordeste. Al final de este artículo aparece una fotografía de la lápida.

(54) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.ª ed., cit. p. 11.

(55) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.ª ed., cit. p. 98. En otro lugar, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.ª ed., cit., p. 255, alude al desprestigio de las cátedras: «No ha de asombrarnos, pues, que los muchachos españoles, al término de sus estudios de Jurisprudencia, prefieran opositar buenos Registros o pingües Notarías, mejor que pobres cátedras desprestigiadas».

(56) Pese a que denunciaba que los catedráticos estuviesen mal remunerados y eso les obligara a buscar ingresos económicos fuera de su cargo académico, así L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.ª ed., cit., p. 228.

Durante la dictadura de Primo de Rivera, a Jiménez de Asúa le censuraban sus artículos enviados a la prensa de dos maneras: bien eliminando frases, bien retrasando la publicación entre tres o cuatro semanas, sin una tachadura, lo que implicaba que cobraba por el artículo mucho más tarde; Asúa se queja de ambas formas de censura (57).

En 1926 fue nombrado por Primo de Rivera miembro de la Comisión de Legislación General, pero renunció con mucha publicidad al puesto, porque vulneraba el principio de legalidad penal y por su oposición a la dictadura (58).

En el mismo año de 1926 varios jóvenes fueron detenidos cuando asistían a la votación del tribunal encargado de elegir un sustituto para la cátedra que había ocupado Unamuno en la Universidad de Salamanca; Jiménez de Asúa fue a visitarlos a la Dirección General de Seguridad, donde fue detenido. Debido a ese simple motivo, por acuerdo del Consejo de Ministros fue suspendido el 30 de abril de 1926 de empleo y sueldo, y confinado a las Islas Chafarinas sin limitación de tiempo (59); el Gobierno lo justificó «por venir excitando los ánimos contra el Gobierno»; el 25 de mayo el Rey Alfonso XIII dejó en suspenso la sanción con motivo de su onomástica (60).

En julio de 1927, cuando era Vicepresidente del Ateneo de Madrid, y estando vacante la Presidencia del mismo, se negó a dar posesión a la nueva Junta nombrada por el Gobierno de Primo de Rivera; esta negativa determinó que fuera detenido y trasladado a prisión, donde estuvo una semana (61).

En 1928 pronunció unas conferencias en la Universidad de Murcia, que fueron el germen de su libro *Libertad de amar y derecho a*

(57) Cfr. S. URBINA TORTELLA, *Ética y política en Luis Jiménez de Asúa*, cit. p. 83.

(58) El propio JIMÉNEZ DE ASÚA reproduce su carta de renuncia y la reacción a la misma en su *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, 3.ª ed., cit., § 249, pp. 775-776 y nota 9.

(59) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.ª ed., cit. p. 101, menciona que ante este incidente le rondó por la cabeza exiliarse a Argentina: «debo confesar que, por mi gusto, me hubiera expatriado de modo definitivo, aceptando las propuestas que me hicieron en la Argentina a raíz de mi vuelta a la Península, tras la forzada excursión a Chafarinas». En esa misma obra (*op. cit.*, p. 303) recuerda que el viaje a las Chafarinas, tanto a la ida como a la vuelta, lo hizo en el buque *Barceló* de la compañía Transmediterránea, vapor sucio, maloliente y abandonado, con incómodos y repelentes camarotes, en el que padeció mareo, que nunca antes había experimentado pese a sus numerosas travesías a América del sur y septentrional.

(60) Cfr. J. M. PUYOL MONTERO / E. ROLDÁN CAÑIZARES, «Jiménez de Asúa, Luis (1889-1970)», cit. p. 3.

(61) Cfr. J. M. PUYOL MONTERO / E. ROLDÁN CAÑIZARES, «Jiménez de Asúa, Luis (1889-1970)», cit. p. 5.

*morir*. Si bien estaba de acuerdo con un vínculo monógamo, aunque no con el hecho de que el Estado regulara el matrimonio entre personas adultas y libres, admitiendo solo una regulación del Estado cuando hubiera hijos, fue acusado falsamente de propugnar el amor libre; e igualmente en tales conferencias asumía la impunidad del aborto por el sistema de las indicaciones, pero sin llegar a admitir la indicación socioeconómica; pues bien, por tales motivos, se le sancionó también el 7 de abril de 1928 con la suspensión de empleo y medio sueldo por un mes (62).

Un año más tarde, en 1929 el propio Asúa renunció tanto a la categoría de catedrático de ascenso en la Facultad de Derecho como a la cátedra, al rechazar la política de la dictadura de Primo de Rivera; cátedra y escalafón que le fueron reintegrados por una Real Orden de 5 de febrero de 1930 (63).

El 11 de abril de 1932 fue agredido por un individuo no identificado en los pasillos de la Facultad de Derecho (64).

El 12 de marzo de 1936, al abandonar su vivienda en la calle Goya 24 de Madrid para dirigirse a la Universidad, sufrió un atentado por obra de cuatro falangistas, quienes desde un automóvil efectuaron 36 disparos con una ametralladora, con el fin de asesinarle. Según parece, se trataba de una represalia por la muerte de un falangista, el estudiante Juan José Olano. Asúa consiguió salvarse al ocultarse en una carbonería de la calle Velázquez, pero murió Juan Gisbert, el policía que ejercía la función de escolta de don Luis (65). Según informa Ferré Olivé, José Antonio Primo de Rivera, primogénito del dictador y fundador de Falange Española, fue condenado como cómplice de estos hechos a una pena de 6 años de prisión, siendo internado primero en la cárcel Modelo de Madrid y después en la de Alicante; desde la cárcel de Alicante, Primo de Rivera siguió incitando a la insurrección contra la II República; como esta última ciudad se mantuvo fiel a la República, José Antonio fue juzgado allí por contribuir al alzamiento militar y condenado a muerte, pena que fue ejecutada el 20

---

(62) Cfr: J. M. PUYOL MONTERO / E. ROLDÁN CAÑIZARES, «Jiménez de Asúa, Luis (1889-1970)», cit. p. 3.

(63) Cfr: J. M. PUYOL MONTERO / E. ROLDÁN CAÑIZARES, «Jiménez de Asúa, Luis (1889-1970)», cit. pp. 3-4.

(64) Cfr: J. M. PUYOL MONTERO / E. ROLDÁN CAÑIZARES, «Jiménez de Asúa, Luis (1889-1970)», cit. p. 4.

(65) Cfr: J. M. PUYOL MONTERO / E. ROLDÁN CAÑIZARES, «Jiménez de Asúa, Luis (1889-1970)», cit. p. 4.

de noviembre de 1936, lo que permitió que, a partir de entonces, fuera considerado un «mártir» de la llamada «cruzada» (66).

En 1943, ya exiliado Jiménez de Asúa en Buenos Aires, después de su depuración política en España, y ostentando la dirección del Instituto de Altos Estudios Jurídicos y del Instituto de Criminología de la Universidad de La Plata (Buenos Aires, Argentina), renunció a estos cargos como muestra de solidaridad con otros profesores argentinos.

Igualmente, abandona de manera definitiva la Universidad de La Plata en 1946, siguiendo a los compañeros que dimitieron a causa de las injerencias del Gobierno peronista en los asuntos universitarios (67).

En 1956 renunció a su puesto de profesor y a diferentes cargos en la Universidad del Litoral (Santa Fe, Argentina) por motivos políticos (68).

Diez años más tarde, en 1966, abandonó la Universidad en protesta por el golpe de estado llevado a cabo por el general Onganía en Argentina (69).

Don Luis llegó a afirmar: «yo no he sido nunca desertor» (70).

## VI. SOBRE LA RELACIÓN DEL INTELLECTUAL CON LA POLÍTICA

Nuestro homenajeado no tenía, al menos en una primera etapa, muy buena opinión sobre la política, respecto a la que considera que «lo corrompe todo». En consecuencia, cree que la labor de redactar un código debe ser dejada a los técnicos, no a los políticos:

«En España la política se entromete en todo y lo corrompe todo, con sus luchas menudas de personalismos. Un Código moderno sólo puede ser redactado por un técnico, al que se encargue la tarea con la plena responsabilidad de su nombre, como han hecho Suiza, Dinamarca, Suecia, etc. Entre nosotros cuando se acude para elaborar una

---

(66) Cfr. J. C. FERRÉ OLIVÉ, *Universidad y Guerra Civil. Lección inaugural. Curso académico 2009-2010*, p. 25.

(67) Cfr. J. M. PUYOL MONTERO / E. ROLDÁN CAÑIZARES, «Jiménez de Asúa, Luis (1889-1970)», cit. p. 9.

(68) Cfr. J. M. PUYOL MONTERO / E. ROLDÁN CAÑIZARES, «Jiménez de Asúa, Luis (1889-1970)», cit. p. 9.

(69) Cfr. J. M. PUYOL MONTERO / E. ROLDÁN CAÑIZARES, «Jiménez de Asúa, Luis (1889-1970)», cit. p. 10.

(70) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.<sup>a</sup> ed., cit., p. 289.

ley a una persona competente es de una manera extraoficial, para comodidad del ministro y remedio de su ignorancia enciclopédica» (71).

Más adelante se lamenta Asúa de que los políticos no atienden las recomendaciones de los especialistas:

«Allá, en los libros, en las monografías, en los artículos, que fuimos escribiendo con deseos de reforma y puros propósitos, quedarán las nuevas orientaciones. Hablamos demasiado bajo, demasiado serenamente para que nuestras palabras lleguen al impuro dominio de la política» (72).

En otro lugar se define a sí mismo: «Felizmente soy un hombre sin vanidad ni desmedida ambición» (73), lo que no parece compatible con la imagen que se suele tener de cualquier político.

Jiménez de Asúa contrapone la labor del intelectual y del político para subrayar sus diferencias:

«Los políticos y los «intelectuales» –y conste que gusto usar este vocablo por haber sido salpicado de dicitos por Primo de Rivera– son dos especies de hombres bastante distintas. La pesquisa científica y la meditación filosófica acostumbra a éstos a captar lentamente las verdades y ponerse siempre ante la duda. Un químico repetirá veces y veces sus pesos atómicos; un jurista sólo logra construir un sistema de derecho al cabo de numerosas tentativas; el sabio es un ente de vocación absorta. En cambio, el político ha de disparar sus soluciones sobre la fugitiva realidad. No es posible interponer moratoria a los problemas de gobierno, porque el hombre en espera es arrollado por los hechos en curso» (74).

Sin embargo, es público y notorio que Jiménez de Asúa no solo fue el más importante penalista de lengua española sino además y a la vez un relevante político. Podría verse en ello una contradicción, pero lo cierto es que nuestro jurista justifica esa dedicación a la política como una excepción y una necesidad impuesta por la dignidad moral:

«En estas horas decisivas para la existencia del pueblo español postular la abstención política es un crimen o una imbecilidad. Así lo comprendieron quienes fueron desfilando de *La Gaceta Literaria*, que quiso ser altavoz del apoliticismo» (75).

---

(71) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal moderno*. Conferencia, Madrid, 1920, Edit. Reus – Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, p. 31

(72) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El estado peligroso del delincuente*, cit., p. 32.

(73) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito*, cit., p. 7.

(74) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito*, cit., p. 9.

(75) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Juventud*. Conferencia de Luis Jiménez de Asúa y réplica de José López-Rey, Madrid, 1929, Talleres tipográficos Velasco, pp. 42-43. De modo similar se manifiesta el propio L. JIMÉNEZ DE ASÚA, en su libro *Política, figu-*

Considera su oposición a la dictadura de Primo de Rivera más como una postura de decencia y honradez que como una militancia política:

«Los mozos de la Universidad y los intelectuales españoles no hemos hecho propiamente política durante el largo período de dictadura que se canceló con la marcha de don Alfonso [el rey Alfonso XIII]. Hemos hecho higiene pública, hemos bregado por el decoro de España y hemos gastado las mejores energías en defendernos contra la política turbia que los dictadores inyectaron en la Universidad.

Hemos vivido los españoles en magnífica enajenación; pero, frenesí al fin, fuera de nosotros mismos, de nuestras labores cotidianas, urgidos por el deber inaplazable de jubilar la monarquía. Era afán de decencia, más que de política, y por ello nadie pudo excusarse» (76).

Por esa razón de actuar con honestidad, Asúa confiesa que no pudo oponerse a presidir la Comisión que redactó la Constitución republicana de 1931 y de la Comisión jurídica asesora, cuya Subcomisión de Derecho penal redactó el Código Penal de 1932:

«Quienes vivíamos en el pacífico goce de una disciplina, consagrados a la enseñanza de un ramo jurídico, hemos tenido que dirigir nuestra actividad a otras áreas no cultivadas desde los tiempos mozos del aula académica, y en etapas urgidas nos hemos visto forzados a informarnos de altos problemas de Derecho público y constitucional para cooperar con enérgico esfuerzo en la Comisión parlamentaria y en las sesiones de la Asamblea constituyente, a la magna empresa de hacer el Código político de España.

Al mismo tiempo ha sido preciso poner mano en el Código penal. La prisa no permitía componer una nueva Ley, y nos hemos limitado a enmendar el Código de 1870, mientras la Subcomisión por mí presidida compone un moderno ordenamiento de delitos y penas» (77).

Y por la misma razón, y aunque estaba implicado en la redacción de la Constitución y del Código penal, pretendió que otro Profesor dictara la lección inaugural del curso 1931-32 en la Universidad de Madrid (actual Complutense), pero no pudo negarse por razones morales:

«En trance tal, sentí la poderosa tentación de ceder el cometido a otro compañero. Las objeciones del señor Rector, contra semejante propósito, me convencieron plenamente. El año en que se inaugura el

---

*ras, paisajes*, 2.<sup>a</sup> ed., cit., pp. 215-216: «En países en que la tarea política se ha hecho urgentísima, el «neutralismo» en la enseñanza y en la literatura me parecen un pecado imperdonable. Hay instantes en que todos los ciudadanos tienen que ser políticos: cuando enseñan, cuando escriben, cuando hablan en el hogar o en público».

(76) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito*, cit., p. 10.

(77) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito*, cit., p. 5.



primer curso republicano había de ser yo quien llevase la voz del Profesorado porque fui el Catedrático que después de Unamuno supo primero denunciar a sus alumnos la felonía monárquica, el que se ha sentido más cerca de los estudiantes y el que de ellos ha recibido más apoyo (78)».

Pero puede más su compromiso con la República: «Nos estamos afanando por la República traída con nuestro esfuerzo (79)».

Durante la Guerra Civil y mientras era embajador de la República en Praga, negoció la compraventa de armamento en Alemania para el ejército republicano (80). ¡Él, que había defendido públicamente la desaparición del ejército! No cabe duda de que esta actividad de negociación con los traficantes de armas era la antítesis de la dedicación de cualquier intelectual, pero simultáneamente pone de manifiesto que Asúa, aunque a veces se aferraba con ardor a las utopías, otras tenía los pies firmemente asentados en el suelo.

Finalmente, ya en el exilio, augura una mejor Ciencia del Derecho penal en España, «en la España que Franco sojuzga» (81), una vez que sea democrática y que además aprenda de los juristas alemanes:

«España, en materia científica y jurídica, y en su producción jurídico-penal en particular, llevaba marcha progresiva y segura. La guerra civil primero, y el sistema autoritario que hoy impera, cortó ese impulso ascensional. Esperemos que lo recobre bien pronto cuando reinstale la democracia. En este nuevo trance también podrá volver sus ojos a Alemania, con deseo de aprendizaje. Procuraremos emular lo que ha hecho la República Federal alemana. Recobrada de los ingentes quebrantos de una tremenda tiranía y de una guerra durísima, está hoy reconstruida y, reencontrada la libertad sin la que no es posible Ciencia ni Derecho, vuelve al cenit de su cultura con admiración del mundo libre» (82).

Y en referencia a los países de Centro y Sudamérica, declara:

«Donde los Estados Unidos ponen las pupilas es exclusivamente con un designio conquistador e imperialista [...]. El Panamericanismo, a mi juicio, no es otra cosa que la política panyanqui con un contenido de amenazas, no para la Argentina –país de grandes perspectivas, de fuerza evidente, de poderío espléndido–, sino para los

(78) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito*, cit., p. 6.

(79) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito*, cit., p. 6.

(80) Cfr. L. ARROYO ZAPATERO, «Jiménez de Asúa, Luis», Real Academia de la Historia.

(81) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 7.ª ed., Buenos Aires, 1984, Depalma, p. 269.

(82) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 7.ª ed., cit., p. 98.

otros países de la América meridional y de Centroamérica, que pueden ser fácil presa del monstruo yanqui» (83).

## VII. OPINIONES DE JIMÉNEZ DE ASÚA SOBRE ASUNTOS DE LA VIDA DIARIA EN LAS QUE SIGUE SIENDO ACTUAL

Si atendemos a las propias palabras de Don Luis Jiménez de Asúa, creo que podemos apreciar la actualidad de su pensamiento e incluso yo me atrevería a valorarlo como más a la izquierda en algunas cuestiones que la posición ideológica actual del PSOE.

Ya se ha indicado antes que la libertad es para él una *condicio sine qua non* para la ciencia y el Derecho. En otro lugar razona que, para ejercitar la libertad, primero hay que asegurar las necesidades mínimas de alimentación, y expone a continuación cuál es su opinión sobre la libertad desde una perspectiva socialista, que asume claramente y sin tapujos a partir de 1931:

«En suma, la libertad es para los liberales burgueses una meta, y para los partidos socialistas una necesidad instrumental. Si un Estado carece de ella el deber primero e inexorable de toda agrupación de carácter político, es obtenerla, y cuando esté plenamente adquirida colmarla de esencias novísimas, y hasta inéditas, pero no escanciamos los refinados líquidos sin fabricar antes la vasija continente, por tosco que sea su barro.

Españoles: ¡conquistemos nuestra libertad!» (84).

Asúa no confía demasiado en que la ley penal sea un instrumento útil para alcanzar el socialismo o evitar la tiranía (85). Para él la ley penal es una manifestación del poder de la clase dominante:

«Lo cierto es que, en la hora presente, quiérase o no, el Derecho punitivo, al ejercitar la defensa social, ejerce la defensa de clase, de la clase dominante, de la burguesía y del capitalismo» (86).

---

(83) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.<sup>a</sup> ed., cit. p. 81; cfr. S. URBINA TORTELLA, *Ética y política en Luis Jiménez de Asúa*, cit., pp. 96-97.

(84) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Juventud*, cit. pp. 110-111.

(85) Cfr. S. URBINA TORTELLA, *Ética y política en Luis Jiménez de Asúa*, cit., pp. 186-187.

(86) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El Criminalista*, 2.<sup>a</sup> serie, tomo V, Buenos Aires, 1961, p. 55.

No duda en hacer gala de su condición de socialista, pero se muestra reticente respecto a la dictadura del proletariado; sin embargo, propugna la revolución para implantar una república burguesa:

«Pueblos de la contextura del nuestro pueden ser conquistados por una dictadura proletaria como la de Rusia, pero son todavía incapaces de vivir bajo un régimen socialista de carácter democrático. Confieso que no me espanta el soviét, y que si llegara a colonizar nuestro suelo, sabría convivir con tales modos políticos; pero no me parece menester propio de los que no pertenecemos al proletariado postular su dictadura. Si España ha de ser regida una vez por socialistas de tipo europeo, precisa larga convalecencia en el régimen de la República burguesa, simpatizante con el socialismo, que permita a esas huestes propagar sus postulados y engrandecer sus cuadros» (87).

Asume la democracia sin calificativos:

«Para mí la democracia no puede tener adjetivos, ni llamarse popular ni de otro modo cualquiera, sino que ha de ser ... democracia. La democracia es el gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo» (88).

Y estima que con la ley, en general, se pueden hacer más revoluciones que con la violencia (89):

«No se crea que nosotros, los socialistas, repugnamos la revolución. Pero es que con la ley se pueden hacer más revoluciones, y sobre todo una revolución más profunda, que con la violencia... Somos, pues, los socialistas españoles, demócratas y amantes de la ley, porque no tememos someternos al veredicto del pueblo, y porque sabemos ser arquitectos de ideas revolucionarias al amparo de la ley proclamada por la voluntad general» (90).

Nuestro homenajeado defiende que cese el servicio militar obligatorio y, finalmente, la desaparición de los ejércitos, y con ellos del Derecho penal militar, bastando con la policía para perseguir los delitos (91).

Resulta muy interesante conocer su opinión sobre las autonomías, pues estas aparecieron por primera vez en nuestro país con la Constitución de la II República en 1931 y de ahí, tras la dictadura franquista,

(87) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.ª ed., cit., p. 37.

(88) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El Criminalista*, 2.ª serie, tomo III, Buenos Aires, 1960, p. 186.

(89) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.ª ed., cit., p. 39, confiesa: «tengo poca fe en las rebeliones castrenses».

(90) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *El PSOE, la democracia, la ley y la Universidad*, Buenos Aires, 1956, p. 14. Cfr: S. URBINA TORTELLA, *Ética y política en Luis Jiménez de Asúa*, cit., p. 154.

(91) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.ª ed., cit. p. 69.

pasaron a la Constitución de 1978. Para Asúa tanto el Estado unitario como el federal están en crisis; el primero porque ante la multitud y complejidad de funciones ha mostrado su inutilidad y su impotencia; y el segundo, porque separaría en vez de unir, ya que se dotaría de régimen federal a provincias o regiones que no han tenido deseos ni intenciones separatistas; lo más racional es dotar de autonomía a los grupos de poblaciones con personalidad propia; dentro de la República se pueden resolver todos los problemas en paz; si se da autonomía cuando no hay razones raciales o de naturaleza cultural, nos exponemos a que, si se les da sin causa, bien pronto se creen intereses minúsculos y bastardos, que vayan separando unas provincias de otras (92).

Está a favor de un plebiscito de las autonomías para que decidan si quieren ser o no independientes. Si lo quieren, habrá que aceptar su independencia. Pero si no lo quieren, «será desde entonces de la más reprochable ilicitud el usar de la amenaza separatista» (93).

En cuanto a la condición de la mujer, resultaría equivocado analizar su criterio con la perspectiva de hoy, con la que tal vez se pueda calificar su postura como paternalista. Creo que hay que ubicar las palabras que siguen a continuación en el contexto de la España de 1928, en la que las mujeres ni siquiera tenían capacidad para votar:

«Donde la juventud muestra su mayor empuje y su más inédita faz, es en su sector femenino. En esas mujercitas bendecidas por Unamuno con mano temblorosa de esperanza. Las palabras tiernas del viejo luchador las emocionan tanto, como desprecio las inspira el piropro del macho rijoso que las galantea al paso» (94).

En otro lugar se refiere al trabajo de la mujer:

«No creo fundado el recelo de los que piensan que la mujer que trabaja no cumplirá sus obligaciones maternas (95)».

(92) Cfr. S. URBINA TORTELLA, *Ética y política en Luis Jiménez de Asúa*, cit., pp. 112-113.

(93) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Constitución de la democracia española y el problema regional*, Buenos Aires, 1946, edit. Losada, p. 117. Cfr. S. URBINA TORTELLA, *Ética y política en Luis Jiménez de Asúa*, cit., p. 114.

(94) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Juventud*, cit. p. 81.

(95) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 7.<sup>a</sup> ed., p. 132. La 1.<sup>a</sup> ed. es de 1928. Para Asúa el fin de la mujer no es el matrimonio, como se deduce de estas palabras suyas, expresadas en L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.<sup>a</sup> ed., cit., p. 299, y que hay que interpretar en el contexto de la época: «Finalmente, estoy convencido de que junto al aprendizaje de monísimos «moisés» para el ansiado día en que las muchachas de Corrientes sean madres, se las adiestrará en taquí-dactilografía, para el caso menos venturoso de que no hallen un hombre de su gusto matrimonial o prefieran permanecer en celibato».

Alaba a los jóvenes por su contribución a la desaparición de la monarquía y a la instauración de la II República:

los estudiantes «decapitasteis simbólicamente primero el busto en bronce del entonces Rey perjuró, Alfonso de Borbón, y arrimasteis luego vuestro hombro poderoso para dar el empujón definitivo al trono bamboleante. Y cumple reconocer que, en esta empresa de higiene pública, jovialmente lograda, no actuaron sólo los mozos, sino que junto a ellos, en plano de igualdad revolucionaria y eficiente, pusieron su voz y su mano las muchachas universitarias. Cuatro de ellas pasaron en la Cárcel de Mujeres una semana...» (96).

Aunque desprecia a los «señoritos»:

«La peor fauna de nuestra patria es el "provinciano" y el "señorito". [...] El "señorito" pereció en nuestros estudiantes cuando, en vez de dar vueltas por la Castellana con el designio de lucir el traje bien cortado o el cabello abundante, se puso a hacer barricadas y a combatir con la fuerza pública». [...] «Quedan algunas muestras [de señoritos] todavía, que se han refugiado en vergonzantes partidas de monárquicos o en comunistas de palabra. "Comunistoides" les he llamado yo (97)».

Y también critica la frecuente hipocresía de los mayores respecto a los jóvenes:

«Las gentes adultas, maduras y sensatas, se indignan ante este signo de libertad y ansias de vivir sin mentira, que se reputa cínico, y quieren imponer a la juventud sus normas y sus hipocresías. La misma madre que se horroriza pudibunda ante el supuesto de que su hija se entregue amorosa a un mozo fuerte y joven, planea astutamente el enlace de la muchacha, por motivos de conveniencia, con un hombre caduco pero rico. El mismo padre que vocea ante las rebeldías del hijo enemigo de la coyunda de viejo estilo, rompe todos los días la fe matrimonial en los pulidos brazos de una amante» (98).

Y ofrece un método para tratar a los jóvenes: «Contra los males de la juventud sólo hay una fórmula eficaz de doble y armónico contenido: *Libertad y Verdad*» (99).

(96) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito*, cit., pp. 7-8.

(97) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito*, cit., p. 8.

(98) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Juventud*, cit. pp. 65-66.

(99) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Juventud*, cit. p. 69.

Asúa, quien confiesa que carece de fe religiosa (100), se muestra clarividente respecto al poder de la Iglesia católica:

«En un país [sc. España] en que la religión es defensora de todos los odiosos privilegios de clase, del capitalismo y de la injusticia humana aun contrariando la clara luminosidad de su verdadera doctrina, que todavía se mantiene en países en que el catolicismo está perseguido y no tiene carácter oficial» (101).

Y en referencia a la situación de la Iglesia Católica al comienzo de la II República:

«La Iglesia solo ha sabido ser perseguida o perseguidora. Si no la sometíamos –y ello era por demás difícil–, sus persecuciones contra la República nos serían fatales» (102).

También somete a crítica la contradicción en la que incurren algunos representantes de la izquierda respecto a la esposa y a la educación de sus hijos:

«El varón, afiliado a partidos de extrema izquierda, suele enlazar su existencia a mujer de retrógradas concepciones y de supersticioso temor en la religión católica. El marido, con el pretexto de no forzar la conciencia de su cónyuge, la consiente la práctica de sus «deberes religiosos», porque es más cómodo tal indeferentismo [*sic*], que la persuasiva acción tendiente a hacer de su esposa una compañera de intimidades y creencias. Vienen los hijos, y el hombre unas veces con interesada mansedumbre y otras tras de polémicas agrias, consiente

---

(100) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.<sup>a</sup> ed., cit., p. 285, en referencia a la Iglesia de Asilo del pueblo asturiano de Candás: «Incluso los que estamos desnudos de fe religiosa contemplamos con respeto estos cuadros y estos peregrinos que suben de hinojos las desgastadas escaleras de piedra, en cumplimiento de promesas hechas en angustiosos momentos o en instantes de acerbo dolor, porque van movidos de una emoción sincera y espiritual, bien distinta de la que guía las prédicas del clero y la conducta de los propagandistas católicos».

(101) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Juventud*, cit. p. 50. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.<sup>a</sup> ed., cit. pp. 170-171, añade lo siguiente: «La sequedad del alma española, la feroz intolerancia, el horror a la higiene y el desnudo, la índole pecaminosa de las relaciones sexuales, la hipocresía ambiente, todas las tristes características del hispánico, son hijas del catolicismo, que, renegando del sentido etimológico del vocablo, cobra un designio aldeano y defensor de los privilegios.- La religión, perdida su ánima espiritual, su aspecto combativo en pro de los humildes, su carácter revolucionario, se transforma de más en más en un resorte político de reacción, presto a la excusa y defensa de la riqueza, del rigor, del autoritarismo, sobre todo en los pueblos, como España, en que logró mantenerse como mito religioso del propio Estado».

(102) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Anécdotas de las Constituyentes*, Buenos Aires, 1942, Publicaciones del Patronato Hispano Argentino de Cultura, p. 61; citado por S. URBINA TORTELLA, *Ética y política en Luis Jiménez de Asúa*, cit., p. 122.

que la mujer –aconsejada por el «director espiritual»– envíe a la prole a colegios de jesuitas o monjas» (103).

[...]

«Por eso hemos presenciado en España el desconcertante espectáculo de ver afiliado al partido de la “defensa social” al hijo de un ex Presidente de la República, y de saber que mientras el padre de un postulante de la libertad de cultos, pedía en el congreso la supresión del artículo 11 de nuestra Ley constitucional, su prole recibía la enseñanza en un aristocrático colegio de religiosos y, al pasar a la Universidad, el primogénito del conspicuo “rebelde”, se enrolaba en las filas de los “estudiantes católicos”» (104).

En referencia a su opinión sobre el matrimonio y la educación sexual, el propio Asúa recuerda las reacciones que provocaron sus manifestaciones sobre este punto al impartir su conferencia titulada «Curso de eugenesia»: esta se convirtió después en una parte de su libro *Libertad de amar y derecho a morir*, pero el diario *El Debate* «disparó contra mí sus trabucos naranjeros» (105). El Ministro de Instrucción Pública ordenó al rector de la Universidad de Murcia que instruyera contra Asúa un expediente disciplinario, y durante la instrucción se le suspendió de empleo y medio sueldo. En el expediente se le acusaba de haber vertido en la conferencia conceptos antisociales y que estaba a favor del amor libre y de la reducción voluntaria de la maternidad (o del embarazo). Reaccionaron en contra sus alumnos y cuatro Facultades de Madrid protestaron por el ataque a la libertad de cátedra.

Lo cierto es que Jiménez de Asúa no preconizaba en dicho libro el amor libre, sino la unión monógama y permanente entre dos personas. Estas son sus propias palabras:

p. 137: «el ideal del matrimonio (sea legal o libremente constituido) es ser monógamo y permanente» (106).

Más adelante afirma tajantemente:

El Estado no debe intervenir en el matrimonio, excepto cuando existan hijos (107). «Acaso llegue un día en que el casamiento intervenido estatalmente termine periclitando, para ser reemplazado por

(103) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Juventud*, cit. p. 90 ss.

(104) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Juventud*, cit. pp. 92-93.

(105) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 7.<sup>a</sup> ed., cit., p. IX (la 1.<sup>a</sup> ed. es de 1928).

(106) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 7.<sup>a</sup> ed., cit., p. 137.

(107) Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 7.<sup>a</sup> ed., cit., pp. 150-151.

uniones libres, regladas tan solo por la conciencia individual de la pareja» (108).

«Aspiro a las *uniones libres*, que no sólo se compatibilizan con la monogamia y la perpetuidad, sino que hallan en ellas su fórmula más noble». «La *libertad de amar* significa que los Estados no tienen para qué mezclarse en los sentimientos y emociones espirituales de los humanos». «¿Qué le importa al Estado lo que hagan dos súbditos conscientes en la esfera íntima de sus sentimientos?». «El problema surge cuando nacen hijos. Un tercer ser aparece en la vida, y al derecho le interesa entonces garantizar su existencia y asegurar sus facultades. La ley debe protegerle, definiendo las obligaciones de los progenitores. Como luego veremos, a mi juicio, el derecho de familia debe extender el área jurídica de la paternidad y filiación» (109).

Se opone a la denominación de hijos ilegítimos: «Este asunto de la mal llamada filiación ilegítima –en todo caso, los «ilegítimos» serían los padres– ...»; y añade: «el estado debe intervenir en filiación y paternidad, sin distinguir si los padres estaban o no casados» (110). Se muestra partidario de que, de acuerdo con el artículo 43 de la Constitución de 1931, el Estado permita la investigación de la paternidad, «más que descansar en las viejas fórmulas matrimoniales» (111).

Y en cuanto a la educación sexual manifiesta que «Educación y propaganda hacen más que la mejor ley y la peor pena» (112). Se muestra en contra tanto del castigo penal de la homosexualidad (113) como de utilizar la castración como pena (114).

Por lo que se refiere a la prostitución, defiende, no la abolición de la prostitución en sí, sino la abolición de la regulación de la prostitución, lo que se suele conocer como «abolicionismo» (115). Matiza que «Al castigar a la prostituta, más se pena a una víctima que a un delincuente» (116). Y sostiene que la libertad del amor es la «única

(108) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 7.<sup>a</sup> ed., cit., p. 151.

(109) Todas las citas en L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 7.<sup>a</sup> ed., cit., p. 154.

(110) Ambas citas en L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 7.<sup>a</sup> ed., cit., p. 158.

(111) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 7.<sup>a</sup> ed., cit., p. 157.

(112) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 7.<sup>a</sup> ed., cit., p. 27.

(113) Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.<sup>a</sup> ed., cit. pp. 163-164.

(114) Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*, 1918, p. 228 ss. Cfr. S. URBINA TORTELLA, *Ética y política en Luis Jiménez de Asúa*, cit., p. 48.

(115) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 7.<sup>a</sup> ed., cit., p. 79.

(116) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 7.<sup>a</sup> ed., cit., p. 83.



fórmula de dignidad humana susceptible de acabar con las prostitutas y los donjuanes, plaga de las sociedades capitalistas» (117).

Aunque Jiménez de Asúa está a favor de medidas alternativas al aborto (como el auxilio a la madre soltera, el castigo del seductor, la obligación de este de reconocer y mantener al hijo engendrado, etc.), defiende la impunidad del aborto en algunos casos, adscribiéndose al sistema de las indicaciones, como circunstancias que justifican o excusan el aborto (118). Admite la indicación terapéutica, eugenésica, ética (que él denomina por razones sentimentales) (119), pero rechaza la económica-social (120); en estos últimos casos propone acudir a otros remedios (121).

Por lo que se refiere a la eutanasia, rechaza la propuesta de Binding de aniquilación de los seres desprovistos de valor vital (122). Y propone para estos casos el perdón judicial facultativo (no confundir con el indulto del Gobierno) estudiado por Antón Oneca, en atención a los motivos por los que actúe el autor; no solo en el ámbito del homicidio, sino también en otros delitos, de la misma manera que el juez concede, por ej., la libertad condicional (123). Para Asúa «la justicia transida de piedad es más justa» (124).

Jiménez de Asúa se declara radical enemigo tanto de la pena de muerte como de la cadena perpetua (125), porque los errores judiciales son irreparables, añadiendo que la pena de muerte no es intimidante, como se demostró estadísticamente en el Reino Unido (126).

---

(117) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Juventud*, cit., p. 67.

(118) Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 7.ª ed., cit., pp. 277 y 280.

(119) Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 7.ª ed., cit., p. 281 ss.

(120) Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 7.ª ed., cit., pp. 329-330.

(121) Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 7.ª ed., cit., p. 330.

(122) Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 7.ª ed., cit., p. 435.

(123) Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 7.ª ed., cit., pp. 436-438.

(124) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Libertad de amar y derecho a morir*, 7.ª ed., cit., p. 438.

(125) Cfr. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Política, figuras, paisajes*, 2.ª ed., cit., p. 209, al recensionar un libro de Eduardo Zamacois; y *op. cit.*, p. 213: «Hace muchos años que los técnicos del Derecho venimos combatiendo contra las prisiones vigentes y no cesamos de mover hostilidad contra un sistema de penas carente de fin».

(126) Cfr. S. URBINA TORTELLA, *Ética y política en Luis Jiménez de Asúa*, cit., pp. 176 y 177.

## VIII. UN DESEO FORMULADO A MODO DE CONCLUSIÓN

¡Ojalá tuviéramos en el momento presente personas tan íntegras como don Luis Jiménez de Asúa!



# La justicia penal en el levantamiento comunero de Castilla. Las ejecuciones de Villalar y otros episodios

RICARDO M. MATA Y MARTÍN

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Valladolid

## RESUMEN

*En los inicios del siglo XVI se va instalando progresivamente en Castilla un periodo de inestabilidad de gobierno, así como una crisis social y económica. En este contexto de deterioro institucional comienza el reinado de un joven monarca que desconoce sus nuevos territorios y concede los cargos principales de gobierno en España a personas procedentes de otros países. Al poco, desde 1519-1520, toma cuerpo la conocida rebelión de los comuneros o movimiento de las comunidades, en la que algunas de las ciudades se alzan contra la autoridad del rey. Las iniciales protestas se transforman en abierta rebelión y se desata la violencia y las batallas entre las huestes rebeldes y los defensores de la autoridad real. Durante todo el proceso de rebelión y tiempo después, se ponen en marcha los mecanismos de sanción penal frente a los integrantes del movimiento de las ciudades. En el presente trabajo se trata de analizar, desde la perspectiva jurídico-penal, la forma en la que fue aplicado el sistema penal a los cabecillas de las comunidades. Especial interés posee el Edicto de Worms de 17 de diciembre de 1520 y también las ejecuciones tras la batalla de Villalar en abril de 1521. Igualmente se presta atención a los procesos penales posteriores, así como a las penas aplicadas y sus modalidades de ejecución.*

**Palabras clave:** Guerra de las comunidades, Derecho penal, siglo XVI, pena de muerte, Castilla.

## ABSTRACT

*At the beginning of the 16th century, a period of government instability, as well as a social and economic crisis, were gradually installed in Castile. In this context*

*of institutional deterioration begins the reign of a young monarch who ignores his new territories and grants the main government positions in Spain to people from other countries. Soon, from 1519-1520, the well-known rebellion of the comuneros or community movement takes shape, in which some of the cities rise against the authority of the king. The initial protests are transformed into open rebellion and violence and battles between the rebel hosts and the defenders of royal authority are unleashed. Throughout all the process of rebellion and later, the mechanisms of penal sanction against the members of the movement of the cities are set in motion. This paper tries to analyze, from the legal-criminal perspective, the way in which the penal system was applied to the leaders of the communities. The Worms Edict of 17th December 1520 posses special interest and also the executions after the battle of Villalar in April 1521. Attention is also given to subsequent penal proceedings, as well as to the penalties applied and their modalities of execution.*

Keywords: War of the communities, criminal law, 16th century, capital punishment, Castile.

SUMARIO: I. El Derecho penal de la edad moderna.—II. La situación antes de la Batalla de Villalar. 1. Del descontento popular hacia la rebelión. 2. El ataque a los representantes del poder real. 3. El Edicto real de 17 de diciembre de 1520.—III. La Batalla de Villalar y sus consecuencias: condena y ejecuciones. 1. Los apresamientos. 2. La sentencia. 3. La ejecución. 4. La continuación del ajusticiamiento y su rito.—IV. La respuesta penal después de la derrota comunera. 1. La acción inicial de los virreyes, antes de la vuelta de Carlos I. 2. El regreso del emperador. a) Procesos de Palencia y Valladolid. b) El perdón de todos los Santos (1 de noviembre de 1522). c) Las multas de composición. d) Las jurisdicciones especiales, especialmente clementes. e) Las amnistías de 1525 y 1527. 3. El conjunto de las responsabilidades penales exigidas como consecuencia del levantamiento comunero.

La desaparición de la reina Isabel a comienzos del siglo XVI traerá consigo un periodo que se irá progresivamente prolongando y complicando de decadencia y confusión en el gobierno del reino. Después de previos intentos fallidos por sus antecesores, los Reyes Católicos habían iniciado la construcción del Estado para la España moderna en las Cortes de Madrigal de 1476 y en las Cortes de Toledo en 1480, estructuras que afianzan el poder real y que, con las adaptaciones necesarias se prolongarán, al menos dos siglos (1).

(1) PÉREZ, J., «Rey y reino: de los Reyes Católicos a la revolución de las comunidades», *Monarquía y revolución: en torno a las Comunidades de Castilla*, Fundación Villalar, 2009, p. 22.

Pese a la creación de esta sólida y duradera organización de gobierno, pasados unos años de constante interinidad en el gobierno del reino, hará que la inestabilidad y la confusión se adueñen de la vida social y también política. El movimiento comunero se inserta precisamente en esa coyuntura política y económica de crisis prolongada (2). La muerte de la reina Isabel en 1504 abre este proceso de situaciones cambiantes e inestabilidad que continuará con el reinado de Felipe el Hermoso, la primera regencia del Cardenal Cisneros, la también regencia posterior de Fernando el Católico y la segunda regencia de Cisneros ya condicionado por la Corte Flamenca del príncipe Carlos. Incluso coronado Carlos tardará en llegar a los territorios peninsulares y no mucho tiempo más allá se ausentará para ser coronado emperador. Este permanente proceso de transitoriedad política sin continuidad ni dirección clara del Estado, se traduce en una falta de autoridad y la aparición de ambiciones personales y de estamentos. La situación económica será también durante este periodo de decadencia un factor a tener en cuenta, pues las malas cosechas, el hambre, el incremento de la mortalidad y unas enormes subidas de precios, alcanzan su mayor cota, precisamente, en 1521.

El movimiento comunero ha sido objeto de vivas controversias y de las más variadas interpretaciones, como considerarlo bien la última de las revoluciones medievales o –al contrario– la primera de las revoluciones modernas, o también como un levantamiento antiseñorial o bien un movimiento en defensa de ciertos privilegios, incluso un suceso de naturaleza urbana al margen de los ámbitos rurales (3). Quizás por los numerosos planteamientos en su estudio y todavía más por la pasión que suscita puede decirse que «El mito comunero ha tenido una potencia emocional excepcional» (4). Pero nuestra óptica no es tan ambiciosa, se centra en determinar la aplicación de la Justicia penal en relación a los sucesos vinculados a las comunidades, observando en qué medida dio lugar a la imposición de responsabilidad penal a sus protagonistas, en particular las penas que se sustanciaron para los que formaron parte de esta rebelión frente al poder regio. El conocimiento de cómo fue aplicado el *ius puniendi* nos permite también apreciar la naturaleza del Derecho penal de la época –ya comen-

---

(2) PÉREZ, J., «Rey y reino: de los Reyes Católicos a la revolución de las comunidades», *op. cit.*, p. 25.

(3) Sobre las numerosas formas de entender el levantamiento comunero puede verse PADÍN PORTELA, B., *La traición en la historia de España*, Akal, 2019, p. 314 y ss. También GARCÍA CÁRCEL, R., «Lecturas de la insurrección. La trayectoria del mito comunero», *La Aventura de la Historia*, n.º 253 (noviembre 2019), pp. 54 y ss.

(4) GARCÍA CÁRCEL, R., «Una pasión contrafactual. La España que no pudo ser», *La Aventura de la Historia*, n.º 253 (noviembre 2019), p. 32.

zada la Edad Moderna pero recién acabado el Medioevo— y especialmente el tipo de penas a las que se recurría, sus modalidades posibles y el particular sentido con el que se aplicaban.

## I. EL DERECHO PENAL DE LA EDAD MODERNA

La Justicia penal de la época moderna tiene sus propias características aun cuando no deja de representar una evidente continuidad con la etapa medieval previa. El fundamento mismo del sistema penal, el proceso y las penas disponibles serán diversas a las que conocemos en la actualidad, y finalmente el sentido con el que se imponían estas consecuencias penales para el autor de delitos también representan unas metas que singularizan esta época del *ius puniendi*. Los siglos XVI y XVII representan en la mayor parte de los países de Europa una época de reforzamiento de los aparatos represivos de los príncipes (5). En ese mismo sentido las reformas judiciales y legislativas tienden a la centralización de las facultades penales. En este periodo histórico se observa que partiendo del anterior fraccionamiento jurídico, que persiste, se va instalando progresivamente una fuerte tendencia al fortalecimiento del poder real, también en el ámbito penal (6).

El poder monárquico era el fundamento y cabeza de las instituciones y su organización, aunque en el contexto de una sociedad estamental. En realidad, el rey reunía todos los poderes de gobierno por lo que era legislador, pero también administraba justicia u otros lo hacían en su nombre, así como ejercitaba la administración ordinaria de sus súbditos. Por tanto, de él dependían las potestades legislativas y judiciales en el orden penal. El ejercicio del *ius puniendi* —en el conjunto de sus facetas de creación legislativa de delitos y penas, la imposición judicial de las sanciones y la ejecución de las mismas— será uno de los atributos más nucleares del poder real. Esta nota fundamentadora del sistema de justicia penal, sin ser nueva sí que se llevó a una progresiva afirmación durante la Edad Moderna. En esta época el creciente poder de los monarcas se eleva hasta llegar a las monarquías absolutas y en ese contexto se produce un importante desarrollo y fortalecimiento de los sistemas penales (7).

---

(5) MARTINAGE, R., *Histoire du droit pénal en Europe*, Presses Universitaires de France, París, 1998, p. 20.

(6) TOMÁS Y VALIENTE, F., *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Tecnos, 1992, pp. 13 y ss.

(7) En este sentido DE LAS HERAS SANTOS, J. L., «Ejemplaridad, paternalismo y utilitarismo en la justicia de la España de los Habsburgo», *Estudios humanísticos. Historia*, n.º 12 (2013), p. 190.

Pero a la vez la justicia penal se inserta en un ordenamiento Jurídico basados en la multiplicidad (o si se quiere en el fraccionamiento de este Ordenamiento) y en la desigualdad del régimen jurídico penal aplicable según los casos. Todo ello redundaba en lo que se considera como la existencia de privilegios. Esta pluralidad de Ordenamientos Jurídicos y de jurisdicciones produce no sólo esa separación o inicial compartimentación de competencias judiciales –sin ninguna claridad y constantes conflictos– sino que se reproducen solapamientos de competencias u órganos de justicia de diversas épocas históricas con coexistencia de atribuciones, con la consecuencia de una enorme confusión a la hora de determinar quién debía actuar (8).

Como se ha indicado la diversidad de jurisdicciones y regímenes legales fue una nota destacada del Derecho histórico durante siglos, llegando a producirse una gran complejidad en la sustanciación de muchos casos, no siendo nada infrecuente los roces o choques entre la justicia real, la inquisitorial, la señorial, la eclesiástica e incluso la escolar. Los miembros de los estamentos nobiliarios y del clero mantenían un tratamiento legal privativo, con jueces propios, como los integrantes de las universidades –profesores y estudiantes– así como los miembros de las Órdenes Militares. En el ámbito del proceso sus bienes resultaban inembargables y no podían ser sometidos a tormento judicial, en caso de estar encarcelados debían serlo en la de su jurisdicción y en todo caso separados de los plebeyos, así como la misma pena debía adquirir modalidades de ejecución diversas según la condición social. En los casos de mayor gravedad por delitos de escándalo o atroces además el ritual de la ejecución manifestaba la supremacía de la justicia (atributo del monarca) frente a los infractores y las variantes de la ejecución mostraban también el origen social. Así los plebeyos morían en la horca como forma de ejecución acompañada de infamia o nota de deshonor que no resultaba de la degollación aplicada a los hidalgos o nobles (9).

Como consecuencia de la existencia de variadas jurisdicciones, las facultades propias del régimen penal están abarcadas y son competencia de un conjunto de órganos muy variados. De esta forma complementaria la complejidad se eleva por cuanto no existe en esta circunstancia histórica una división de poderes semejante a la del Estado liberal, sino que se produce una simultaneidad del ejercicio de las funciones de gobierno y de justicia por una pluralidad de

---

(8) ALONSO ROMERO, M.<sup>a</sup> P., *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Diputación de Salamanca, 1982, p. 137.

(9) DE LAS HERAS SANTOS, J. L., «Ejemplaridad, paternalismo y utilitarismo en la justicia de la España de los Habsburgo», *op. cit.*, pp. 186 y 209.

órganos de la monarquía. Pero además es característico del periodo de la Monarquía absoluta que la atribución de competencias a los distintos órganos no suele ser de manera exclusiva o excluyente. Esto produce una mayor complejidad e incerteza en las atribuciones y conflictos por interferencias mutuas entre distintos órganos con competencias judiciales (10). De esta forma ni los propios jueces y menos los justiciables conocen bien que órgano tramitará finalmente un proceso.

Estas diferenciaciones jurídicas tendrán también su traducción en las condiciones del proceso penal y las consecuencias a imponer al infractor. Los hidalgos estaban exentos de la aplicación de las penas corporales por su carácter infamante pero también la forma de ejecución de la pena capital debía producirse en una manera considerada no deshonrosa, generalmente decapitación. De forma que para los nobles las penas a imponer serían las pecuniarias, presidio, destierro, servicio en el ejército y también la de muerte pero ejecución no vil. Tampoco podían detenidos sin cédula particular del monarca en cuyo caso se solía aplicar la retención domiciliaria, ni resultaba lícito que fueran sometidos a tormento judicial salvo en los casos de delitos de lesa majestad.

Por otra parte, el sistema de penas disponibles en la legislación está dirigido básicamente a amedrentar a los súbditos y así obtener el respeto a la autoridad y evitar la comisión de delitos. Cabe desdoblar la finalidad fundamental de las penas con las que amenaza la legislación penal, por una parte castigar (en el sentido de escarmentar) al culpable y, también, dar ejemplo a los demás atemorizando (11). Como se aprecia el fin más nítido de las penas en su imposición y ejecución es la intimidación general, el miedo, el terror causado mediante la previsión de penas severas y hasta crueles en su ejecución. De ahí la ejecución pública de las penas, acompañadas de un ritual y expresiones del delito cometido y de las penas impuestas. En los casos más graves las modalidades de aplicación de las penas que convocaban a grandes multitudes producían sin duda un gran espanto y conmoción. Sin embargo a lo largo del periodo que abarca la Edad Moderna se percibe un alejamiento de las formas más crueles y aparatosas de las penas medievales, en las que los castigos y singularmente la pena de muerte se acompañaban en toda Europa de un repertorio de sufrimientos añadidos para la víctima pues se procuraba

---

(10) ALONSO ROMERO, M.<sup>a</sup> P., *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Diputación de Salamanca, 1982, p. 138.

(11) En este sentido TOMÁS Y VALIENTE, F., *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Tecnos, 1992, p. 355.



añadir la nota de infamia y que esta fuera bien notoria para la sociedad (12). Durante este periodo destacan las notas de ejemplaridad, paternalismo y utilitarismo en el desempeño de la justicia penal siempre en nombre del monarca, «para que al reo sirva de castigo y a los demás de ejemplo» repetirá una cláusula propia de las sentencias penales (13). La posterior exposición del cadáver o de los cuartos prolongaban y extendían el fin de atemorizar durante más tiempo y a más personas.

Donde mayores diferencias se constatan con la situación actual del sistema penal, más que en cuanto al tipo y contenido de los delitos existentes, será en la variedad de penas o sanciones a imponer al autor del hecho infractor. El catálogo de penas y sus modalidades resulta mucho más amplio en esta Edad Moderna, al menos ya avanzada la misma, en el que la pena de galeras irá adquiriendo clara preponderancia. Incluso puede todavía resultar mayor la importancia de la pena de galeras si tenemos en cuenta la habitual conmutación de la pena impuesta por la de galeras, particularmente en el caso de la pena de muerte. Los cambios de mentalidad y las necesidades prácticas harán variar también el signo de los castigos. Así se desarrollan las penas de galeras en Francia o España, o la transportación de condenados a las colonias en Inglaterra o Países Bajos (14). La pena de galeras, principalmente, pero también la de minas y algunas formas particulares de presidio, como parte del género trabajos forzados, forman el núcleo de la penalidad propia de esta época, especialmente en su zona media del siglo xvii. Puede decirse que pese a su innegable dureza no dejan de representar un avance respecto a la penalidad medieval anterior anclada en la pena capital, múltiples formas de mutilaciones y penas infamantes (15). Sin embargo, las penas clásicas de galeras y minas, pese al papel central antes indicado, irán perdiendo fuerza hasta desaparecer antes incluso de que finalice el periodo del Antiguo Régimen, abriendo camino a que esa función destacada en el sistema de penas lo ocupen los presidios pero evolucionando hacia la pena que propiamente podamos considerar como privativa de libertad.

---

(12) Al respecto DE LAS HERAS SANTOS, J. L., «Ejemplaridad, paternalismo y utilitarismo en la justicia de la España de los Habsburgo», *op. cit.*, p. 195.

(13) DE LAS HERAS SANTOS, J. L., «Ejemplaridad, paternalismo y utilitarismo en la justicia de la España de los Habsburgo», *op. cit.*, p. 196.

(14) MARTINAGE, R., *Histoire du droit pénal en Europe*, *op. cit.*, p. 40-41.

(15) Así lo expresa en su detallado estudio LLORENTE DE PEDRO, P. A., «Modalidades de la ejecución penitenciaria en España hasta el siglo XIX. ADPCP LVII (2004), p. 312.

## II. LA SITUACIÓN ANTES DE LA BATALLA DE VILLALAR

### 1. Del descontento popular hacia la rebelión

El desgaste político, social y económico venía haciéndose patente desde comienzos de siglo. A su llegada a los reinos peninsulares en 1517 la situación no era buena pero además se instaló la desconfianza y el recelo entre el monarca y sus nuevos súbditos. Ya en las primeras Cortes de Valladolid de 1518, en las que Carlos jura como rey de Castilla, aparecen momentos de tensión entre los procuradores del reino y la corte extranjera que acompañaba al monarca. Con motivo de la convocatoria de Cortes en Galicia aparecerán los primeros alborotos en Toledo. Pero los hechos fundamentales se producirán después de la salida del rey. Después de las Cortes de La Coruña en el mes de abril de 1520, el rey embarca ya en el mes de mayo hacia Inglaterra, camino previo a la coronación imperial en Aquisgrán. En esa reunión de Cortes había obtenido finalmente el monarca los servicios y aportaciones económicas que había solicitado y las que algunas ciudades se resistían a recaudar. Deja como gobernador del reino al Cardenal Adriano y manda que junto con el Consejo Real residan en Valladolid. (16)

El deterioro institucional progresivo que se había iniciado con las largas interinidades en el gobierno del reino desde prácticamente los comienzos del siglo se va a incrementar con la llegada al trono de Carlos con un profundo sentimiento de agravio que se extiende sucesivamente por los territorios. En realidad, serán varios los factores que colaboran a que la situación vaya empeorando de forma muy importante y termine por desbordarse. Esta situación de progresivo deterioro de la autoridad y gobierno se produce ante el desprecio que los extranjeros que acompañan al monarca exhiben ante los naturales del país, el desconocimiento que presenta el propio monarca de sus nuevos territorios y sus costumbres, las importantes cantidades de dinero solicitadas al reino y la actuación de los recaudadores de tributos, junto al nombramiento de foráneos para ocupar oficios, cargos u obispados, dejando incluso como regente del reino a un extranjero –Adriano de Utrech– ante la salida del rey de los territorios hispánicos. Ya iniciado el viaje del rey, a la vuelta de los procuradores que habían votado en Cortes los servicios al monarca a sus localidades de origen, se producen alborotos y levantamientos en distintas ciudades,

---

(16) MEJÍA, P., *Relación de las Comunidades de Castilla*, Muñoz Moya y Montraveta, Cerdanyola del Vallés, 1985, pp. 35 y ss. y 41.

haciéndose en algunos casos los partidarios de las Comunidades mediante coacción o violencia con las varas de la justicia de los representantes regios en las distintas poblaciones como eran los corregidores (17).

Como se ha indicado la inestabilidad institucional era anterior pero después de la llegada de Carlos V a la península el malestar fue en aumento. La corte extranjera que acompañaba al monarca acaparaba todos los cargos y se apoderaba de la riqueza del reino. El sentimiento de rechazo iba creciendo y las ciudades eran las primeras en manifestarlo. Toledo había reclamado de forma insistente la reunión con otras ciudades para hacer comunidad. En agosto de 1520 consigue por fin que Segovia, Salamanca y Toro se junten en Ávila formando la Santa Junta como órgano de representación y gobierno del levantamiento de las ciudades. El gobernador del reino, Cardenal Adriano, enviará al Comendador Hínestrosa para prohibir –sin éxito– esta asamblea no convocada a iniciativa del monarca (18). La Junta de Ávila elaborará la llamada «Ley perpetua del reino de Castilla» como manifestación inicial del proyecto político del movimiento de las comunidades.

Ante esta situación de desobediencia y para dotar de mayor poder al ejército real se encargó a Fonseca hacerse con el arsenal de artillería de Medina del Campo. Tras ser rechazado de palabra y de obra por el concejo y los habitantes, Fonseca ordenó la quema de algunas casas del exterior de la población para posibilitar el acceso a las piezas de artillería. Pero el tipo de materiales de construcción y la atención exclusiva a la defensa de la plaza hizo que el fuego se extendiera rápidamente hacia el centro de la villa. El conocimiento de este incendio propició que se enardecieran todavía más los ánimos y se terminaran sumando otras ciudades al bando comunero, como sucedió con Valladolid (19).

En ese verano la situación se había llegado a desbordar. La inestabilidad institucional que se arrastraba había dado paso inicialmente a la agitación social pero ahora el movimiento se había convertido en una auténtica rebeldía. De manera que los miembros de las principales instituciones del reino se encontraban en una situación comprometida y ellos mismos temían por su seguridad y se afanaban por encontrar un lugar seguro en el que encontrar refugio. En esta tensa situación algunos de los principales ofrecen sus territorios para acoger a los

---

(17) MEJÍA, P., *Relación de las Comunidades de Castilla*, op. cit., pp. 40 y ss.

(18) MEJÍA, P., *Relación de las Comunidades de Castilla*, op. cit., p. 53.

(19) SÁEZ ABAD, R., *La batalla de Villalar 1521. La guerra de las Comunidades*, Almena, 2015, p. 41.

miembros del Consejo e incluso al Gobernador. En carta al emperador el Cardenal Adriano relata esta situación y los lugares ofrecidos entre los que destaca él mismo el apoyo del Duque de Alburquerque al invitarle a su villa de Cuéllar:

«Es cosa de marauilla que en toda Castilla la vieia apenas hay lugar en donde pudiesemos estar seguros y que no se adheresca y junta con los otros rebelles. Los grandes nos ofrecen sus lugares, el Conde de benavente, el duque de alburquerque, el marques de Villena y el Condestable, pero a opinión de todos si nos fuessemos a lugar de Señorío mas se alborotarían las Comunidades y no seria honrra ni servicio de V.M.at porque parecería que seriamos hechados de su tierra / también nos conuida el duque del Ynfantadgo, a Guadalaiaara que es de V.AI. ofreciéndonos toda defensión /mas los del Consejo piensan que no seria lugar harto seguro /a todos se han de dar muchas gracias a sus ofrecimientos, mayormente al Duque de Alburquerque que siempre ha sido primero en ofrecer un lugar suyo que se dize Cuellar el qual según entiendo seria harto commodo» (20).

A mediados de septiembre de 1520 el emperador nombrará, a la vista de los acontecimientos que se desarrollan, como visorey y gobernador tanto al Almirante de Castilla como al Condestable de Castilla, junto al que anteriormente ya desempeñaba esas funciones el Cardenal Adriano de Utrecht. Con el inicio de hostilidades parece que hacía necesario considerar también el mando militar y nombra igualmente como capitán general al hijo del Condestable y Conde de Haro, Pedro de Velasco (21).

La presencia en Valladolid del Cardenal gobernador como del Consejo Real había contribuido a frenar la posible incorporación de la ciudad a las comunidades. Pero finalmente tanto el gobernador como los miembros del Consejo ven aconsejable salir de la ciudad debido al cariz que van adquiriendo los hechos. De hecho, iniciada una revuelta algunos miembros del Consejo son hechos prisioneros; el resto de los integrantes del Consejo con su presidente y el mismo Gobernador se instalan en Medina de Rioseco. Cuando las tropas comuneras ocupan posiciones cercanas a Medina de Rioseco en la Tierra de campos vallisoletana, en donde se encuentran como acabamos de indicar algunas de las más altas dignidades del reino y parte del ejército realista, llega el conde de Haro –capitán general del ejército de Carlos I– a apoyar a los allí asentados. Llegan también otras personas principales como don Francisco de Zúñiga y Avellaneda, conde Miranda, don Beltrán

(20) DANVILA Y COLLADO, M., *Historia crítica y documentada de las Comunidades de Castilla*, tomo II., Colección de Documentos, Opúsculos y Antigüedades que publica la Real Academia de la Historia, tomo XXXVI, Madrid, 1898, p. 22.

(21) MEJÍA, P., *Relación de las Comunidades de Castilla.*, *op. cit.*, pp. 75-76.

de la Cueva, hijo primogénito del Duque de Alburquerque (será tercer Duque de Alburquerque y Marqués de Cuéllar) (22), don Luis de la Cueva, su hermano, don Bernardino de Rojas y Sandoval, Marqués de Denia y conde de Lerma o don Luis de Rojas, su hijo, todos con gentes de a pie y de a caballo que pudieron juntar entre sus criados y vasallos (23).

Con el ensanchamiento del movimiento comunero y el crecimiento de sus expectativas, Padilla, capitán comunero, se dirige a Valladolid, lugar en el que se encontraban las instituciones fundamentales del reino. Allí consigue levantar en armas y adhesiones de algunos inclinando a la ciudad hacia el lado rebelde. De manera que depone al Consejo y apres a algunos de sus miembros cuando intentaban la huida como se ha indicado antes. De Valladolid continuará hacia Tordesillas, lugar de retiro de la reina Juana y madre del emperador. Allí los capitanes de las comunidades se entrevistarán en distintas ocasiones con la reina pero no conseguirán finalmente la firma por su parte de algunos documentos como era su deseo (24).

Este ensanchamiento del territorio y poder efectivo del lado comunero hace que los planteamientos más ambiciosos cobren mayor vigor y se abran paso finalmente frente a otros objetivos más moderados. «En pleno fervor del movimiento comunero, cuando la mayor parte de las ciudades castellanas se habían levantado para luchar contra la política seguida en España por Carlos V, los representantes de éstas –La Santa Junta– elaboran unos capítulos que con fecha de 20 de octubre de 1520 presentan como Ley Perpetua del reino» (25). Esos capítulos que componen su redacción completa han sido discutidos y fijados en el mes de agosto de 1520 en la Sala Capitular de la catedral de Ávila, pero serán finalmente firmados en Tordesillas, cuando las tropas comuneras se han hecho con el control de esta localidad en la que reside la reina Juana. El texto bien puede considerarse de naturaleza

---

(22) Hijo del Segundo Duque de Alburquerque Francisco Fernández de la Cueva y de Francisca de Toledo, hija del primer Duque de Alba. DANVILA, *Historia crítica y documentada de las Comunidades de Castilla*, tomo III. Colección de Documentos, Opúsculos y Antigüedades que publica la Real Academia de la Historia, tomo XL. Madrid 1899, pp. 188-9.

(23) Así nos lo cuenta MEJÍA, P., *Relación de las Comunidades de Castilla*, *op. cit.*, p. 110.

(24) SÁEZ BAQUERO, J. M., *Villalar*, Madrid, 1886, pp. 42-43. También GARCÍA CÁRCEL, R., «Lecturas de la insurrección. La trayectoria del mito comunero». *La Aventura de la Historia*, n.º 253 (noviembre 2019), p. 55: «ella les dio buenas palabras sin querer firmar nunca ningún documento».

(25) CASTILLO VEGAS, J., «Las bases filosófico-jurídicas y políticas del pensamiento comunero en la Ley Perpetua», *Ciencia Tomista*, núm. 370, tomo 113 (mayo-agosto 1986), p. 343.

constitucional pues se trata del acto de mayor alcance jurídico político que se realiza a lo largo de todo el desarrollo del movimiento comunero y pretende, más allá de lo meramente coyuntural o circunstancial, establecer las bases perdurables de la forma de gobierno del reino.

Por una parte, se hace referencia a los fundamentos tradicionales del reino, y señalan sus autores que su conducta no es sino la de hacer cumplir las leyes históricas del mismo. En realidad, se presentan sus exigencias como contrarias a las novedades introducidas últimamente con el gobierno de extranjeros –los oficios concedidos a foráneos, por ejemplo– y como consecuencia del reiterado incumplimiento por los monarcas de los cuadernos de cortes o peticiones de los procuradores en las cortes. Pero por otra parte existen alteraciones del orden tradicional muy significativas (26). Para comenzar la reunión de las ciudades se ha producido al margen de la voluntad del rey –en realidad contra la voluntad expresa de los gobernadores del monarca– hecho insólito que desborda los usos tradicionales en los que únicamente era el titular de la corona el que podía hacer la convocatoria. Pero además el contenido de la Ley Perpetua no se expresa como una petición al monarca, sino que «Se trata de auténticas exigencias que el rey ha de aceptar y ha de ajustarse en el futuro a lo establecido» (27). Ahora los procuradores actúan como representantes del reino, creándose una especie de dualidad de poderes, que sin duda limita la capacidad del poder real. Ya no hay meras concesiones regias, sino que se establece una forma de relación contractual en la que el poder del monarca no puede imponer su voluntad a la del reino expresada por sus procuradores. Se anuncia así una diferente configuración de la organización de la sociedad con la elevación de la posición de la comunidad política, al menos, al mismo nivel que el del rey (28). El desafío a la organización política del reino es evidente, por ello el monarca se negará a recibir y castigará severamente a los enviados por la Junta con el texto de la Ley Perpetua. Como símbolo y como concreta manifestación de este giro radical que se quiere imprimir al gobierno del reino, las ciudades atacan o expulsan a los procuradores que cedieron a las pretensiones del rey en las Cortes de la Coruña y se retiran las varas de la

---

(26) Innovaciones que no pierden este carácter por el uso de un estilo y terminología plenamente respetuosa con el monarca. CASTILLO VEGAS, J., «Las bases filosófico-jurídicas y políticas del pensamiento comunero en la Ley Perpetua», *op. cit.*, pp. 348 y ss.

(27) Como señala CASTILLO VEGAS, J., «Las bases filosófico-jurídicas y políticas del pensamiento comunero en la Ley Perpetua», *op. cit.*, p. 349.

(28) CASTILLO VEGAS, J., «Las bases filosófico-jurídicas y políticas del pensamiento comunero en la Ley Perpetua», *op. cit.*, p.352

justicia –con mayor o menor violencia– a los alcaldes y corregidores que la desempeñaban por decisión de la monarquía.

En el plano militar las escaramuzas son continuas en torno a Rioseco, pero durante un tiempo ninguno de los bandos se decide a intentar una acción importante. Sin embargo, aprovechando un despliegue lejano de los rebeldes, el 5 de diciembre los grandes y caballeros salen para la villa de Tordesillas tomada anteriormente por los comuneros y en la que residía la reina Juana. Lo hacen «para venir a besar las manos à la Reina y à ponella en libertad, y sacalla de poder de aquellos que se habían apoderado por fuerza della» (29). La conquista de la villa –aunque destacando el empeño defensivo de los clérigos de Acuña (30)– se produce sin grandes daños para las tropas del rey, pequeñas consecuencias como la herida por una pedrada en el rostro causada a don Francisco de la Cueva, pero como un hecho que marca un punto de inflexión frente a la hasta entonces iniciativa y dominio comuneros. La toma de esta villa supuso una auténtico quebranto para la causa comunera pues no sólo se perdía una plaza estratégica, se abandonaba el control sobre la reina Juana y la posibilidad de convertirla en bandera de sus reivindicaciones, sino que también, al resultar apresados muchos de los procuradores de la Junta, se producía un daño importante en la organización del levantamiento y se retenían parte importante de sus cuadros políticos (31). En este momento, ante la situación creada, se formará en el bando alzado la Junta de Valladolid con las ciudades agrupadas en comunidades después de las anteriores Juntas de Ávila y Tordesillas.

Los enfrentamientos armados de cierta importancia continuaron, aunque de manera episódica. Después de la toma de Tordesillas por los realistas, Pedro Girón, capitán general comunero, había caído en descrédito. No tardaría en abandonar el ejército rebelde. Se llamó a Juan de Padilla, jefe de las milicias de Toledo para hacerse cargo de la máxima jerarquía de las tropas de la comunidad. Los realistas querían dar golpes por sorpresa al ejército comunero y teniendo conocimiento del aposentamiento de soldados en un lugar entre Medina y Valladolid, «El almirante y aquellos señores acordaron de enviar a dar sobre ellos y deshacerlos, y encargóse de la empresa don Pedro de la Cueva, hermano del Duque de Alburquerque, que era muy esforzado caballero, y que después fue acepto del emperador, y le quiso bien, y le

---

(29) MEJÍA, P., *Relación de las Comunidades de Castilla*, op. cit., p.115.

(30) GUILARTE, A. M. *El obispo Acuña. Historia de un comunero*, Ed. Miñón 1979, p. 118.

(31) SÁEZ ABAD, R., *La batalla de Villalar 1521. La guerra de las Comunidades*, Almena, 2015, p. 63.

hizo Comendador Mayor de Alcántara» (32). Con algunos soldados avanzando por la noche llegó al lugar llamado Rodillana y entró de rebato en él causando grandes pérdidas y huyendo los que no fueron muertos o apresados. Todavía se le encomendó una misión semejante a los pocos días en otro lugar denominado la Zarza cerca de Tordesillas, enfrentándose ahora a ochocientos soldados que había enviado Segovia.

Como se ve estos primeros meses del año son de constante movimiento de las tropas comuneras, especialmente en los alrededores de Valladolid, en donde la revuelta había situado sus órganos de gobierno. La Junta de Valladolid, reunida en una capilla de la Iglesia Mayor, toma sucesivamente múltiples acuerdos en todos los órdenes, como el económico, las conversaciones y reuniones con el bando realista o las propuestas de paz del Padre Francisco de Espinosa o en el ámbito militar y los lugares con los que quiere hacerse o se deben abandonar (33). El cinco de febrero se acuerda tomar la fortaleza de Mucientes, perteneciente al Conde de Rivadía para entregársela a Juan de Mendoza e incluso parece que posteriormente se ordena también su derribo, cuando en realidad ya estaba al servicio de la Comunidad. En esos días también se le ordena a Juan de Padilla que antes de abandonar Cigales, igualmente en las proximidades de Valladolid, derribe todo lo nuevo de su fortaleza y al mismo tiempo aportille la cerca de esa localidad. Se reorganizan los contingentes y es preciso darles lugares de reposo y alimentación. En esta concentración cerca de la capital del Pisuerga se dispone aposentar a la gente de armas procedentes de Ávila en Zaratán, Villanubla y después en Mucientes. A la gente de Segovia se les destina también a Mucientes, que era considerado concejo rico (34), y Fuensaldaña (35).

Aun cuando la Junta de Valladolid escuchaba en esos días las propuestas pacificadoras de Fray Francisco de Espinosa apoyadas por el rey de Portugal, sobrepasada la mitad del mes de febrero de 1521 Padilla optó por realizar alguna acción de guerra con el propósito de infundir ánimos a la tropa por algunos episodios anteriores de fracasos. Así se realizó la toma de Torrelobatón y su fortaleza hacia finales del mes. Victorias menores que en realidad no decidirán nada, aunque

---

(32) MEJÍA, P., *Relación de las Comunidades de Castilla*, op. cit., pp. 129-130.

(33) DANVILA Y COLLADO, M., *Historia crítica y documentada de las Comunidades de Castilla*, tomo III, op. cit., p. 287.

(34) DANVILA Y COLLADO, M., *Historia crítica y documentada de las Comunidades de Castilla*, tomo III, op. cit., p. 102.

(35) DANVILA Y COLLADO, M., *Historia crítica y documentada de las Comunidades de Castilla*, tomo III, op. cit., p. 290.



si parecen inicialmente fortalecer el ánimo de los combatientes comuneros. El obispo Acuña para este mismo tiempo de comienzos de año se dirige hacia Tierra de Campos, asentándose especialmente en la parte de Dueñas y allí logrará algunos éxitos. En esta comarca se mueve con diligencia y habilidad para hacerse con los ingresos de la hacienda real para el bando comunero, haciendo nuevas reclutas de gente armada como ya había hecho en ocasiones anteriores y encarcela o destierra a los opositores o no colaboradores. Los hombres de Acuña «ponen justicias, escribanos, alguaciles, que usarán de la jurisdicción civil y criminal» (36), es decir de los poderes jurisdiccionales de los cargos nombrados por el monarca.

En el mes de abril de 1521 había tres grandes focos de actividad militar: Burgos, Toledo y la zona central de Castilla (37). El destino final de la rebelión comunera se iba a decidir en este núcleo de Castilla –en el triángulo formado entre las poblaciones de Valladolid, Medina de Ríoseco y Tordesillas–, en el que se fueron concentrando tropas y existían movimientos constantes. En este mes la Junta comunera había advertido la formación de un gran ejército por el Condestable por lo que manifiesta su animadversión más radical frente a los más destacados caballeros como enemigos del reino: «La Junta acordó que en adelante se hiciese la guerra contra los Grandes y caballeros y otras personas enemigas del Reino, y contra sus bienes y lugares, à sangre y à fuego y saco, y desde entonces se daba en ellos campo franco, por cuanto el Condestable, según cédula suya como Gobernador iba con un gran ejército y artillería contra los servidores de SS.AA» (38).

El estado de alarma es máximo y se toman medidas radicales y cruentas por la Junta: «Se mando pregonar que todos los vecinos y moradores de las dichas ciudades y villas volviesen a ellas dentro de tercero día, y no haciéndolo, los prendiesen à ellos, sus mujeres é hijos, les secuestrasen y saqueasen sus haciendas y les derrocaran sus casas» (39). Parece que ante el fortalecimiento de los realistas se quiere evitar que los vecinos puedan engrosar las filas del ejército real o apoyarles de alguna forma, mediante una especie de acuartelamiento o toque de queda recluyendo a los vecinos en sus propias casas empleando para ello las más serias y devastadoras advertencias.

---

(36) GUILARTE, A. M., *El obispo Acuña. Historia de un comunero*, op. cit., pp. 29-130.

(37) PÉREZ, J., *La revolución de las Comunidades de Castilla (1520-1521)*. Siglo Veintiuno, 1977, p. 310.

(38) DANVILA Y COLLADO, M., *Historia crítica y documentada de las Comunidades de Castilla*, tomo III, op. cit., p. 618.

(39) DANVILA Y COLLADO, M., *Historia crítica y documentada de las Comunidades de Castilla*, tomo III, op. cit., p. 618.

## 2. El ataque a los representantes del poder real

Como parte de las primeras actuaciones de los grupos sublevados en algunas ciudades castellanas se producirá la intervención coactiva en el concejo y sus órganos de gobierno, en particular para el caso de los corregidores (40). La figura del corregidor, como representante del poder del monarca en las poblaciones, se había generalizado y consolidado desde el mandato de los Reyes Católicos. Sin embargo en muchos casos la actuación poco neutral de los corregidores había contribuido al desprestigio del cargo ya antes del inicio del movimiento comunero, pero una vez iniciado este favoreció también el crecimiento del descontento popular y en algunas situaciones se vieron obligados a dejar sus puestos ante el clamor y protestas de amplias capas sociales (41).

También por ello cuando se inician durante el año 1520 los levantamientos comuneros una de las primeras medidas de las fuerzas vencedoras será el de la sustitución de las antiguas autoridades encargadas de las funciones penales, particularmente el corregidor con la expulsión o represión de los anteriores. Las ciudades de mayor implicación en las comunidades actuaron abiertamente contra los corregidores y estos oficiales del rey iban a estar presentes en los textos programáticos del movimiento comunero (42). «La ciudad que, en este como en otros muchos terrenos marcó la pauta fue Toledo, donde ya a partir del 31 de mayo de 1520 las reuniones del concejo dejaron de estar presididas por el corregidor, que además fue obligado a marcharse. Y, siguiendo este temprano ejemplo, poco a poco se fueron tomando decisiones semejantes en otras muchas ciudades, tanto de las que tenían voto en Cortes como de las que no lo tenían, en especial a raíz de difundirse las noticias del episodio del incendio de Medina del Campo» (43). No sólo se producía así un enfrentamiento con el principal representante del poder de la corona, sino que también se trataba de asumir el poder de imponer la ley y castigar. En aquella época los oficiales reales como el corregidor representaba no únicamente la

---

(40) BERMÚDEZ, A., «Los comuneros ante los corregidores castellanos», *I Simposio Internacional de Historia Comunera*. Actas. Fundación Villalar 2009, p. 121.

(41) DIAGO HERNANDO, M., «El papel de los corregidores en los conflictos políticos en las ciudades castellanas a comienzos del siglo XVI», *En la España medieval* 27 (2004), pp. 208-209.

(42) BERMÚDEZ, A., «Los comuneros ante los corregidores castellanos». *Monarquía y revolución: en torno a las Comunidades de Castilla*, op. cit., pp. 126 y ss.

(43) DIAGO HERNANDO, M., «El papel de los corregidores en los conflictos políticos en las ciudades castellanas a comienzos del siglo XVI», op. cit., p. 216.

acción de la justicia en el sentido más propio, sino que encarnaba lo fundamental de la acción de gobierno de las ciudades.

Las ciudades reciben a sus representantes en Cortes con un gran rechazo y sucesos de enorme tensión (44). Al regreso a Zamora de los procuradores en las Cortes celebradas en Galicia y ante el descontento por la aprobación de los subsidios al rey, se inicia un levantamiento popular que da lugar a la huida de los procuradores para salvar su vida y la demolición parcial de las casas de los representantes en la asamblea estamentaria. Aunque los procuradores habían escapado la furia desatada hará que se les quemee en efígie en la plaza de la ciudad (45). En Segovia la reacción es todavía más virulenta. En primer término, la ira popular hace que se ahorquen a dos personas vinculadas al ámbito de la justicia, pero este estruendo alcanzará igualmente al regidor Tor-desillas –que había sido procurador en las Cortes–, quien primero es capturado por la fuerza y finalmente ahorcado también. En Burgos los procuradores y el corregidor tienen que esconderse ante el alzamiento de los partidarios de las comunidades. El nuevo corregidor, Diego Osorio, hermano del obispo de Zamora, tratando de protegerles envía a la cárcel a algunos de los cargos nombrados por el rey. Pero son atacados y en el caso de Jofre de Cotanos, será acuchillado y una vez muerto también se le conducirá arrastrado con la soga al cuello hasta la plaza. Allí será públicamente colgado (46).

Cuando en octubre de 1520 Acuña está a las puertas de Valladolid, el intento de hacerse con la ciudad fracasa y los colaboradores del interior lo pagan (47). Sabemos que un botonero es descubierto y tras su confesión, ahorcado. También Camargo el barbero, intenta el asilo eclesiástico en el monasterio de Prado, pero no es eficaz. Encadenado es conducido a la cárcel. Condenado a muerte, le ahorcan el 24 de octubre en la plaza de Valladolid. En el invierno entre 1520 y 1521 son los comuneros los que tratan de imponer su autoridad sustituyendo a las autoridades del rey. «Acuña destituye Justicias, entrega varas a los adictos y destierra o encarcela a los sospechosos» (48). Incluso el 18 de abril de 1521 la Junta y Comunidad de Valladolid organizaba autos

---

(44) MEJÍA, P., *Relación de las Comunidades de Castilla*, op. cit., pp. 41 y ss.

(45) DÁNVILA Y COLLADO, M., *Historia crítica y documentada de las Comunidades de Castilla*, tomo I. Colección de Documentos, Opúsculos y Antigüedades que publica la Real Academia de la historia, tomo XXXV. Madrid 1897, p. 346.

(46) GUILARTE, A. M., *El obispo Acuña. Historia de un comunero*, op. cit., pp. 102-103.

(47) GUILARTE, A. M., *El obispo Acuña. Historia de un comunero*, op. cit., pp. 108-109.

(48) GUILARTE, A. M., *El obispo Acuña. Historia de un comunero*. Ámbito, 1983, p. 90.

en la Plaza mayor contra los leales a la corona con cadalso levantado incluido (49). Es verdad que la respuesta de las ciudades no es siempre la misma frente a los corregidores, con algunos casos conocidos de confirmación en el cargo o simplemente su suspensión y expulsión, pero es también cierto que en aquellas localidades más destacadas en la revuelta se actúa abiertamente contra los corregidores, llegando en algunos casos a atacarlos violentamente y causarles la muerte (50).

Antes de su marcha hacia la coronación imperial, el monarca había dispuesto que tanto el gobernador como el Consejo Real –los dos grandes órganos de gobierno del reino en su ausencia– residieran en Valladolid. Por una parte, esto hacía que la ciudad permaneciera más tranquila y dificultaba los intentos de implicarla en el levantamiento. Pero con la evolución general de los hechos y la mayor fuerza del movimiento comunero sus partidarios aumentaban y ganaban fuerza. Esta mayor relevancia de los comuneros y su continua expansión durante los meses centrales de 1520 la iban a acusar los miembros del Consejo Real y el propio Gobernador, hasta el punto de empezar a temer por su seguridad en la villa del Pisuerga y optar finalmente por abandonarla. La Junta comunera había desposeído de sus funciones al Consejo Real que asumía ella misma. Decisión que llevó incluso al apresamiento de algunos de los miembros de este Consejo. También en Hacienda se tomaron decisiones para sustituir a los funcionarios leales al rey. E igualmente para la Chancillería se adoptaron disposiciones con el fin de sustituir a sus miembros y a la vez hacerse con los sellos del Estado y registros oficiales. Se había culminado la formación de un gobierno revolucionario. Desde el otoño de 1520 los dos bandos se dedicaban a consolidar su organización militar y nutrir sus tropas.

### 3. El Edicto real de 17 de diciembre de 1520

En el mes de diciembre se produce un hecho con alta significación. Hecho que revela una decisión firme del monarca y establece el cauce jurídico para la persecución penal del levantamiento comunero. Por una parte, manifiesta sin duda la determinación del rey de no rehuir el enfrentamiento directo después de algunos intentos más con-

---

(49) DÁNvila y COLLADO, M., *Historia crítica y documentada de las Comunidades de Castilla*, tomo III, *op. cit.*, p. 731.

(50) BERMÚDEZ, A., «Los comuneros ante los corregidores castellanos». *Monarquía y revolución: en torno a las Comunidades de Castilla*, *op. cit.*, pp. 125 y ss.

ciliadores accediendo a algunas de las peticiones de los comuneros. Tiempo atrás había renunciado, ante el cariz de los acontecimientos, a los servicios que las Cortes habían aprobado para su coronación imperial y había manifestado su voluntad de reservar los cargos para los naturales del país como venían reclamando. Pero el hecho acontecido posee especialmente una decisiva dimensión jurídica para el devenir penal de todo lo relacionado con las comunidades.

Pese a lo señalado antes este hecho no ha conseguido la suficiente atención que realmente posee, quizás por su revestimiento más jurídico y formal, quizás por realizarse fuera de nuestras fronteras. Quizás por coincidir la referencia geográfica con otro hecho similar de alcance europeo, el Edicto contra Lutero y la reforma protestante. En nuestro caso se trata del Edicto o Pragmática firmada por Carlos en Bormes o Worms, la ciudad alemana en la que se encontraba, el 17 de diciembre de 1520 (51), relativo al levantamiento comunero en sus reinos hispánicos. En este acto y documento, fundamental para la posterior comprensión de los sucesos penales, se presenta el monarca con el mayor simbolismo y revestido de su total autoridad y jurisdicción. «Por la presente de nuestro *propio mutu* y ciencia cierta y poderío Real absoluto de que en esta parte queremos usar y usamos como Reyes y señores naturales». Como se ve manifiesta expresamente que se está haciendo uso de sus más altas facultades como gobernante y señor de sus reinos. Y el documento con su contenido que se irá viendo no puede entenderse como una declaración retórica pues nos hace ver la clara decisión del monarca, en este momento, de no proseguir con la política de apaciguamiento que en algunos momentos se practicó y, además, establece las bases jurídicas de la responsabilidad penal que quiere exigir a sus súbditos rebeldes. Presupuestos jurídicos que más tarde tendrán sus manifestaciones concretas.

En alguna ocasión se vincula la aprobación del Edicto con las exigencias comuneras de mayor alcance, como respuesta a la pretensión de que el Emperador aceptara las propuestas contenidas en la llamada Ley Perpetua, considerada como una auténtica subversión del orden político: «Por el momento en el que los Capítulos fueron presentados al Emperador, unos días antes del 17 de diciembre en el que firmará una carta real declarándoles traidores en respuesta al desacato de sus pretensiones» (52). No hay duda en el desafío de enorme envergadura que suponían las propuestas, creando una representación del reino al

---

(51) Cuyo texto se encuentra custodiado en la biblioteca nacional pero puede consultarse en [http://www.cervantesvirtual.com/bib/historia/CarlosV/7\\_1\\_14.shtml](http://www.cervantesvirtual.com/bib/historia/CarlosV/7_1_14.shtml)

(52) FERNÁNDEZ VALLADARES, M., «La revuelta comunera a través de la imprenta: armas de tinta y papel. Testimonios y repercusiones de su difusión»,

menos en el mismo nivel que el monarca, y del rechazo que suscitó en la corona, aun cuando no sería la única razón de la publicación del Edicto reseñado.

En el impreso en el que consiste el documento se contienen cuatro piezas en pliego de folio de ocho hojas (53). Allí se pone de manifiesto el desarrollo de la revuelta comunera, los hechos y desacatos cometidos con las actuaciones de la Junta comunera. También se alude a las concesiones reales para tratar de evitar la continuación de la rebelión y conseguir la paz. Se formulan las acusaciones por delitos de Lesa Majestad y las penas a imponer que son las de muerte. Se dota de poder y se mandata a los gobernadores para proceder a la condena de estos hechos como delitos notorios o casos notorios. El documento va firmado con todas las formalidades por Francisco de los Cobos, Secretario de su Majestad.

Se dirige el monarca en el documento imperial, por una parte, a sus súbditos levantados contra su autoridad y anuncia, por otra, las instrucciones para Virreyes y Gobernadores para la persecución de todos los daños causados como delitos notorios y con el mayor rigor, los que ya se califican de delitos públicos y manifiestos de Lesa Majestad. Como se acaba de indicar en primer término el monarca se dirige, en un texto pensado para su publicación y difusión, a cada uno —al menos los más destacados comuneros— generalmente con su nombre oficio y localización. «A Vos Don Antonio de Acuña Obispo de Çamora, e a vos Don Pedro Lasso de la Vega, e Ioan de Padilla e Don Pedro de Ayala e Fernando de Avalos vecinos de la Ciudad de Toledo, e Joan de Mendoça hijo del Cardenal don Pedro Gonçalez de Mendoça y Don Pedro Maldonado y Francisco Maldonado vecinos de la Ciudad de Salamanca, e Joan Bravo vezino de la Ciudad de Segovia e Joan Çapata vezino de la villa de Madrid...». Comienza, tal y como se ha señalado, por el Obispo de Zamora y sigue una larga lista de miembros de las comunidades con variados oficios y orígenes.

Les hace saber la carta dirigida a Virreyes y Gobernadores y miembros del Consejo Real para la persecución penal de los delitos cometidos por ellos mismos y pasa a relatar los acontecimientos y crímenes sucedidos de los que se les acusa. Se refiere así el Edicto a los «levantamientos y ayuntamientos de gentes» para cometer «escándalos, rebelión y muertes y derribamiento de casas». No se olvida el monarca

---

*Géneros editoriales y relaciones de sucesos en la Edad Moderna* (CÁTEDRA GARCÍA, dir.), 2013, p. 160.

(53) Tal y como está descrito por FERNÁNDEZ VALLADARES, M., «La revuelta comunera a través de la imprenta: armas de tinta y papel. Testimonios y repercusiones de su difusión», *op. cit.*, p. 168.

de las reuniones de las ciudades a modo de Cortes y Junta sin la preceptiva convocatoria real: «y la junta de que las dichas Ciudades aver en nombre nuestro y del dicho Reyno contra nuestra voluntad y en desacatamiento nuestro hicieron assi en la Ciudad de Avila como en la villa de Tordesillas en la cual aun estan y perseveran...». También se incorporan los actos realizados contra los cargos nombrados por la monarquía y por tanto contra su misma autoridad: «Hechan de las dichas Ciudades a nuestros corregidores y tomaron en si las varas de nuestra justicia y combatieron públicamente nuestras fortalezas». Apoderamiento del poder de la justicia no banal, sino uno de los símbolos y facultades fundamentales de la monarquía. Pero también expone el Edicto la ocupación de las rentas reales, sustrayéndolas a la disponibilidad de la monarquía, y las de algunas personas para sufragar los gastos de recluta y mantenimiento del ejército comunero como uno de los hechos ocurridos durante este periodo. Se acusa también a los grupos y a las gentes de armas de las comunidades de coaccionar y atemorizar continuamente al pueblo para que no se opusieran a sus designios, para apoderarse de bienes y patrimonio o para conseguir reclutar a los componentes de sus huestes.

Señala las constantes maneras de tratar de impedir la lealtad de sus vasallos al rey, mediante la amenaza de castigos, con el pregón público levantando un cadalso en Valladolid, el envío de predicadores a numerosos lugares para apartar del servicio al rey con falsas persuasiones o declarándoles traidores. Acusa el rey también a los mencionados en el documento de haber secuestrado a los miembros del Consejo Real y otros oficiales reales «llevándolos públicamente presos con trompetas y atavales por las calles y plaças de la villa de Valladolid». Incluso al propio Cardenal de Tortosa, el Virrey, al que se le impidió la libertad de acción y movimientos en la misma capital castellana. Señala entre los hechos más graves la entrada con gentes de armas y artillería en Tordesillas donde se apoderaron de la reina, la infanta y casa real, apartando de su custodia a las personas que la servían.

Como está señalado se dirige el rey Carlos a sus Virreyes y Gobernadores y a los miembros del Consejo Real para que pongan en práctica lo contenido en el documento con la declaración de delitos notorios y el aval de la encomienda real. La declaración de delitos notorios traía consigo las menores exigencias procesales, eso sí con el anuncio público y previo del edicto, para el castigo de los culpables y se incorporaba ya la máxima calificación de los delitos y las penas a imponer. «Por la presente mandamos a Vos los nuestros Visorreyes o qualquier de vos en ausencia de los otros y a los del nuestro Consejo que con vos residen pues los sobre dichos delitos y rebeliones hechos

por las dichas personas son publicos y manifiestos y nosotros en los dichos nuestros reynos sin esperar a hazer contra ellos proceso formado por ida y orden de juicio y sin los mas citar ni llamar, procedais generalmente a declarar y declareis por rebeldes y traidores yn fieles y desleales a nos y a nuestra corona». Como delitos notorios se descarga el proceso de las citaciones posteriores, así como la necesaria prueba del delito y procede su declaración como rebeldes y traidores.

Como se aprecia enseguida la utilización de la categoría jurídica de los delitos notorios resulta central y determinante en el documento y para el encargo dirigido a sus autoridades por el monarca. La mencionada categoría de los llamados delitos notorios se encontraba establecida doctrinalmente, aun con diferencias entre los autores. Estos delitos notorios formaron una categorización dogmática con origen en los juristas bajomedievales italianos y puede que en conexión con los ajusticiamientos inmediatos de los bandidos aprehendidos en flagrante delito (54). En ellos de forma genérica puede señalarse que permitían las menores solemnidades procesales admitido el carácter de hechos manifiestos y públicos, no haciéndose necesarias las actividades procesales de previo conocimiento de los hechos y dirigiéndose el proceso hacia la ejecución de las penas legales por unos crímenes cuya existencia se entendía completamente consolidada: «*no es necesario conocimiento, fino execucion*» (55), conocimiento o prueba que, sin embargo, si debían observarse sin los hechos eran dudosos o inciertos.

Desde un punto de vista dogmático o doctrinal esta formulación respondía a una triple clasificación del llamado *notorium* en *iuris, facti y praesumptionis*, concibiéndose de forma general este tipo de hechos como «el cometido públicamente ante todo el pueblo o en su mayor parte, de manera que no pudiera ser negada la evidencia del hecho» (56). En las discusiones doctrinales se establecían algunas diferencias, de manera que en las distintas exposiciones de esta clase de delitos se dudaba si debe practicarse una mínima actividad probatoria e incluso si es necesaria la misma sentencia para dar lugar a la ejecución de las penas. En los casos de atribución de efectos más radicales se establecía la innecesariedad de ninguna actividad jurídica

---

(54) Al respecto ALONSO ROMERO, M.<sup>a</sup> P., *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Diputación de Salamanca, 1982, pp. 310 y ss.

(55) DOMÍNGUEZ VICENTE, Joseph Manuel, *Ilustración y continuación de la Curia Philipica*, Tomo Primero, Parte Tercera. Imprenta que regenta Francisco Berton, Valencia 1770, p. 289.

(56) ALONSO ROMERO, M.<sup>a</sup> P., *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, *op. cit.*, p. 311.



para ser conocidos y afirmados, de manera que por ser conocidos de forma tan evidente podían ser castigados en el acto sin ningún tipo de cognición previa. Se sabe que dos grandes juristas como Antonio Gómez y Hevia Bolaños, de enorme prestigio en su época, estuvieron conformes con la posibilidad de ejecución inmediata de las penas sobre los autores de delitos notorios sin necesidad de citación previa ni de una defensa ordinaria, aunque sí que parecían exigirse que de la dilación del proceso se hubiera podido derivar tardanza y escándalo con perjuicio para la república (57).

Una vez declarados por tales es preceptiva la condena de los culpables como autores de estos hechos de la máxima gravedad, entre los que vuelve a reiterar de manera singular el haberse apoderado de la reina Juana y la infanta en Tordesillas y la detención del Cardenal Adriano, gobernador de los reinos. Se actuará entonces «condenando a las dichas personas particulares que an sido culpados en estos dichos casos como alevos y traidores y desleales a pena de muerte y perdimiento de sus officios y confiscacion de todos sus bienes y en todas las otras personas assi ceviles como criminales por fuero y por derecho establecidas contra las personas y particulares que cometen semejante delitos». Las penas previstas para estos delitos de traición y Lesa Majestad es la de muerte y otras que van asociadas de forma general en el proceso penal como la confiscación de los bienes, incluidos los de mayorazgo y también los que poseyeran cláusulas especiales que no se verían reservados en este caso.

La encomienda de declaración de rebeldes y autores de delitos de rebelión con las penas capitales se hace con «el poderío real absoluto», de manera que el «*proprio motu*» en el que se expone este mandato va investido de todo el carácter jurisdiccional del mayor rango por lo que no puede ser desvirtuado de ninguna de las maneras:

«Sea valido y firme y ahora y en todo tiempo y que no pueda ser casado ni anulado por causa de no se haver hecho contra ellos formado proceso ni se haver guardado en la dicha declaracion la tela y orden de juicio que se requeria ni haver sido citados ni llamados ni requeridos los tales culpados a que se viniesen a se ver declarar haver yncurrido en las dichas penas y por no haver yntervenido en la dicha vuestra declaracion otra cosa de sustancia y solemidad que por leyes de los dichos reynos devian de yntervenir porque sin embargo de las dichas leyes y fueros y ordenanças usos y costumbres que a lo susodicho o alguna cosa aparte dello puedan ser o son contrarias las quales dentro proprio motu y cierta ciencia y poderio real absoluto en quanto esto toca».

---

(57) Así lo recoge ALONSO ROMERO, M.<sup>a</sup> P., *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, op. cit., p. 313.

Ahora bien, está declaración real y el mandato para sus gobernadores no implica la admisión de cualquier forma de proceder, sino el otorgamiento de plenos poderes para proceder a la declaración de traidores públicos y alevos así como la ejecución de las penas máximas que los delitos de Lessa Majestad implican, pero siempre de acuerdo a esta categoría de delitos notorios o caso notorio ya conocida y aplicada. La declaración se produce para que se persiga a estos delincuentes notorios con toda la severidad conforme a Derecho:

«Otro sí mandamos a vos los dichos nuestros visorreyes a qualquier de vos en ausencia de los otros y a los del nuestro consejo que procedais por todo rigor de derecho por la mejor via y orden que hubiere lugar de derecho y a vosotros pareciere contra todas las otras personas particulares que en qualquier de todos los otros sobredichos delitos o en otros demas de aquellos ayan caydo y hecho o cometido despues de los levantamientos y alborotos acontecidos en esos dichos reynos».

Este proceso jurídico exige el pregón y la fijación de la declaración real en las iglesias mayores, otras iglesias, monasterios, plazas y mercados para que así «venga a notiçia de todos».

En definitiva, el monarca ha tomado la resolución de perseguir los hechos cometidos durante los levantamientos, ya sin otras alternativas menos gravosas para los implicados, como delitos de la mayor gravedad contra su persona real y con las penas capitales que se prevén para los mismos. Y lo comunica a sus gobernadores y Virreyes para que se ejecute:

«E porque al servicio de Dios nuestro señor y nuestro y bien desos dichos reynos conviene que las personas que en lo susodicho an pecado y delinquido sean punidas y castigadas y executadas en ellas las penas en que por sus graves y ynormes delitos han caydo y yncurrido y disimular a tolerar mas sus notorias trayciones y rebeliones seria cosa de mal exemplo y darles yncintivo para perseverar en ellas en gran deservicio nuestro y daño y nota y ynfamia de los dichos reynos y de su antigua lealtad y fidelidad».

El documento por el que se conmina a los representantes del rey a perseguir penalmente el levantamiento como caso notorio se recibe, pero no se pone en práctica con toda la celeridad posible. La relativa tardanza podía responder a razones de elaboración de la documentación necesaria completando los detalles y datos de los procesados, así como por motivos de estrategia ya que todavía se propuso una última posibilidad de pacto: «La fecha del pregón, dos meses posterior a la de emisión de la carta desde Worms, demuestra que los regentes no consideraron conveniente proceder a publicar la condena de inmediato. La demora pudo estar motivada, además de por razones de

estrategia militar y política –pues en enero de 1521 se intentó la negociación del nuncio y del embajador de Portugal en medio de una especie de tregua–, por la necesidad de completar los documentos con una pieza inicial, propiamente el envío, en la que recopilaron los nombres de los imputados, todos los comuneros conocidos en aquellos momentos, lo que debió de requerir cierto tiempo, iniciándose así el proceso de elaboración de listas de culpados». Parece que los intentos de negociación estuvieron presentes en distintos y numerosos momentos (58). En el documento se contiene un listado de 268 nombres de comuneros acusados, de los que sólo menos de la mitad coincidirán con los del posterior perdón real de Todos los Santos ya después de la decisiva jornada de Villalar.

De acuerdo a las instrucciones recibidas, el edicto de procesamiento por delitos notorios se lee y pregona de la forma más solemne en Burgos el día 16 de febrero (ya en 1521) y se firma al día siguiente para su publicación y notificación en los lugares públicos de las poblaciones. En el documento pregonado y publicado mediante su fijación en los sitios más concurridos de ciudades y villas se dan nueve días a los acusados para que se presenten personalmente ante los gobernadores y Consejo Real en Burgos, con todas las garantías sobre la seguridad y respeto a sus personas. El acto público tuvo lugar en la plaza mayor de Burgos, rodeado de una gran formalidad, en un estrado levantado para el caso y pregonado acompañado del sonido de las trompetas y custodiado por ballesteros de maza. Allí estuvieron las máximas autoridades y numeroso público.

En el nuevo documento elaborado y firmado ahora por el Condestable –continuación y consecuencia del primero del rey– se vuelve a acusar criminalmente a los cabecillas comuneros de delitos de Lesa Majestad habiendo cometido traición contra sus reyes y señores naturales. Faltando a la fidelidad y obediencia se enviaron frailes y otras personas para inducir a la desobediencia, para persuadir a oficiales, labradores «y otras personas simples» con engaños de que el rey había decretado nuevos impuestos que debían pagar y así «lo hicistes imprimir en molde por que yndinados nuestros leales vasallos se alborotasen y levantes contra nuestra obediencia y fidelidad». A ello se suma

---

(58) MARAÑÓN nos dirá que los dirigentes de la causa del Emperador prefirieron negociar a luchar (p. 13). Incluso el mismo Emperador se mostró mientras le fue posible generoso frente a la violencia de los sublevados. Y también que en todas las etapas y momentos bélicos de los imperiales nunca dejaron de ir precedidos de un intento de paz (p. 18). *Los Castillos en las Comunidades de Castilla*. Asociación Española de Amigos de los Castillos, 1957.

la toma por la fuerza de las varas de la justicia y ataques a las fortalezas, saqueándolas y quemándolas.

Igualmente han actuado armando a gente de pie y a caballo y haciéndose con la artillería de Medina del Campo se apoderaron de Tordesillas con la reina Juana y la infanta que se encontraban allí. Se acusa también de saqueos de iglesias y monasterios, apoderándose de la hacienda del rey y otros particulares para sostener financieramente la rebelión. La detención de los miembros del Consejo, el apoderamiento del sello real con el uso fraudulento de la jurisdicción del monarca y el apoderamiento de la correspondencia real, dando muerte a los mensajeros, son otros de los hechos criminales de la acusación.

Confirmados esta serie de delitos de la mayor gravedad como hechos notorios, se condena a cada uno de los citados a «las mayores penas criminales que por derecho y leyes destos nuestros reinos se hallasen haver caydo y incurrido mandándolas executar en vuestras personas y bienes». Se ordena también la restitución de los maravedís usurpados de las rentas, servicio y patrimonio real. Dado el carácter notorio de los delitos por los que se acusa se impone la condena, hecho ya el pregón del Edicto en Burgos: «que como quiera por la dicha notoriedad se pudiera proceder contra vosotros sin mas citación a declaración de los dichos delitos». Queda el plazo inalterable de los nueve días para que personalmente comparezcan y den cuenta de su responsabilidad en los hechos mencionados, como se ha indicado antes.

#### IV. LA BATALLA DE VILLALAR Y SUS CONSECUENCIAS: CONDENA Y EJECUCIONES

El paso del tiempo y la inacción iba causando mella moral y numérica entre las filas de los alzados. Padilla decidió abandonar Torrelobatón y marchaba hacia las posiciones consideradas más seguras de Toro, pero el Condestable y el Almirante fueron en su búsqueda. Se produce una lenta pero inexorable persecución –en un día aciago con un tiempo de lluvia y barro– de un ejército poco dispuesto al combate y con el ánimo que va decayendo. Cerca de Villalar –en el paraje de Puente del Fierro– se entabló la lucha, rápidamente decidida en favor de los realistas ante la escasa resistencia de los rivales, cayendo prisionero el grueso del ejército rebelde y los cabecillas comuneros.

## 1. Los apresamientos

De la lucha entablada, además de los inciertos muertos y heridos, quedaron un número importante de prisioneros iniciales o provisionales, cifrados en ocasiones entre los mil (59) y los seis mil. Desde luego la cifra de posibles cautivos, aunque lo fueran temporalmente, nos habla de un no muy elevado número de muertos, que según algunos podría llegar a los doscientos (60). Pero hay que tener en cuenta respecto a los capturados después de la batalla, como indica Juan Maldonado, contemporáneo de los hechos, que no se hacía prisionero a ninguno de los soldados rasos, sino que una vez apresados se les hacía entregar las armas y podían irse libremente (61).

Sin embargo, los cabecillas naturalmente que fueron apresados. Francisco Maldonado fue preso por Francés de Beaumont, capitán de la Guardia del rey Carlos (62). En el caso de Juan Bravo fue reducido por Alonso Ruiz, hombre de armas de la capitanía de don Diego de Castilla y natural de Cuéllar, quien iba delante del alférez Hernando Ruiz de Salas que era quien portaba la bandera (63). Después de la captura lo hizo desmontar de su caballo y subirse al del propio Alonso Ruiz que estaba herido. Lo llevó ante el almirante de Castilla, quien le ordenó lo presentara ante el capitán de la guarda. Don Alonso de la Cueva, perteneciente a la casa de Alburquerque, será quien en los enfrentamientos de Villalar haga prisionero a Juan de Padilla (64), después de que el capitán comunero hubiera derribado del caballo a don Pedro de Bazán. Pese a alguna confusión sobre el autor de este apresamiento, una carta del Cardenal Adriano al emperador en la que le narra lo sucedido en Villalar, dando por averiguado que el apresamiento de Padilla lo realizó el mencionado hombre de armas, permite

---

(59) Esta es la cantidad que nos proporciona FERRER DEL RÍO, A., *Historia del levantamiento de las comunidades de Castilla*, Urgoiti, Pamplona 2007, p. 233.

(60) Como indica GULARTE, A. M., *El obispo Acuña. Historia de un comunero*, *op. cit.*, p. 154.

(61) *La revolución comunera. El movimiento de España, o sea historia de la revolución conocida con el nombre de las comunidades de Castilla*. Escrita en latín por el presbítero Juan Maldonado y traducida e ilustrada con algunas notas por el presbítero don José Quevedo, bibliotecario del Escorial. Edición a cargo de Valentina Fernández Vargas. Ediciones del Centro 1975, p. 215.

(62) DANVILA Y COLLADO, M., *Historia crítica y documentada de las Comunidades de Castilla*, tomo VI. Colección de Documentos, Opúsculos y Antigüedades que publica la Real Academia de la historia, tomo XL. Madrid 1899, pp. 178 y 195.

(63) PÉREZ RUBÍN, L., «Un episodio de Villalar. La prisión de Juan Bravo». *Revista de Archivos, bibliotecas y museos*. N.º 4 y 5 (abril y mayo de 1902), pp. 385-6.

(64) DANVILA Y COLLADO, M., *Historia crítica y documentada de las Comunidades de Castilla*, tomo VI, *op. cit.*, p. 191.

confirmar los hechos (65). Así lo explica también una misiva del mismo Carlos I desde Bruselas a Alonso Ruiz agradeciéndole sus servicios al hacer prisionero al capitán comunero,

Una vez hechos prisioneros los capitanes comuneros como no había lugar seguro fueron conducidos al castillo de Villalbarba en las proximidades de Villalar. Pese a los textos que apuntan en otra dirección –«el castillo de Villalba»– resulta difícil que pueda tratarse del castillo de Villalba de los Alcores debido a su lejanía (45 km) –puesto que fueron conducidos esa noche y traídos de nuevo a primeras horas del día siguiente–, estando mucho más cerca los de Villalbarba (10 km), Mota del Marqués (11 km) o Villalonso (15 km). En realidad, parece una confusión por la proximidad terminológica de las dos fortalezas, pero como se ve no existe la necesaria proximidad física. De ser acertada la ubicación apuntada en primer lugar, los apresados fueron retenidos esa noche en la fortaleza de Villalbarba, que hemos indicado cercana del lugar de la batalla y es el recinto murado más cercano al lugar de los hechos, en la que pasaron algunas horas (66). A la mañana siguiente será D. Pedro de la Cueva, comendador mayor que fue de Alcántara el que recogió del lugar de encierro a los presos y los retornó hasta Villalar (67).

## 2. La sentencia

Tras la derrota y la celebración de reuniones de los Gobernadores y el Consejo, no tardarán en ponerse en marcha los mecanismos penales. La determinación del lugar de celebración del juicio y de la ejecución de la sentencia históricamente se vincula al lugar en el que habían sucedido los hechos. Se podía haber trasladado a los apresados a un lugar más ilustre, pero todo se realiza en el lugar de los hechos, en donde se terminó concretando la batalla contra las tropas del rey, donde se concentran finalmente las principales fuerzas de la sublevación contra el monarca. Por otra parte, esta opción proporcionaba una mayor rapidez que también convenía. En su conjunto el marco jurídico con el que se contaba para el castigo de los delitos de traición no había experimentado novedades respecto a lo que históricamente

---

(65) DANVILA Y COLLADO, M., *Historia crítica y documentada de las Comunidades de Castilla*, tomo III, *op. cit.*, p. 751.

(66) FERRER DEL RÍO, A. *Historia del levantamiento de las comunidades de Castilla*. 2007, p. 234. También BERZAL DE LA ROSA, E., *Los comuneros. De la realidad al mito*. Silex, 2008, p. 128.

(67) DANVILA Y COLLADO, M., *Historia crítica y documentada de las Comunidades de Castilla*, tomo III, *op. cit.*, p. 755.

había sucedido, con unas amplísimas facultades del monarca, los cauces de la tradición y otros posibles factores de la concreta coyuntura y conveniencias políticas (68).

Al día siguiente, el 24 de abril, un Tribunal formado por los Alcaldes Cornejo, Salmerón y Alcalá, en presencia del Cardenal Adriano, condenó a la pena capital a los tres capitanes de los comuneros: Padilla, Bravo y Francisco Maldonado. Como hemos visto de forma precedente el Edicto real de Worms había hecho declaración de los hechos cometidos como delitos notorios que permitía el pase más rápido a la fase de ejecución de la condena (69). También era propio de aquél tiempo la brevedad del texto judicial, sin mención a ningún tipo de normativa aplicada ni otro tipo de fundamentación del fallo del Tribunal, más que una escueta referencia a los hechos y a la culpabilidad de los autores (70). Pero además del texto de la sentencia únicamente se conserva una parte del documento de traslado de la misma, que aparece incompleto:

*Este dicho día los señores alcaaldes Cornejo e Salmerón e Alcalá dixeron que declaravan e declararon a Juan de Padilla e a Juan Bravo e a Françisco Maldonado por culpables en aver seydo trydores de la corona real de estos reynos. En pena de su malefizio dixeron que los condenavan e condenaron a pena de muerte natural e a confiscación de sus bienes e ofiçios para la Cámara de sus magestades como a traydores. E firmaronlo. Dotor [Cor]nejo. El liçençiado García Fernández. El liçençiado Salmerón.*

*E luego, incontinente se executó la dicha sentençia e fueron degollados los suso dichos...*

En el contexto y doctrina de esos comienzos del siglo XVI, como en siglos anteriores y posteriores, los delitos más graves –y por ello castigados con las penas más severas– son los incluidos bajo las amplias categorías de delitos de lesa majestad divina y lesa majestad humana. Para estos últimos se produce una identificación con el delito

---

(68) BERMEJO CABRERA, J. L., *Poder político y administración de justicia en la España de los Austrias*, Ministerio de Justicia, 2005, p. 106.

(69) BERMEJO CABRERA entiende que esto supuso a una condena previa y por la vía gubernativa y no judicial y por supuesto, dada la mencionada categoría delictiva, sin necesidad de mayores actos probatorios: «Y, conforme a estas premisas, fueron ejecutados en Villalar los tres famosos capitanes comuneros. Tras un simulacro de proceso, sobre la marcha, sin guardar las oportunas formalidades, sin figura de juicio, se dictaron las sentencias, bajo la idea de que los delitos cometidos, respondían a la categoría de los delitos notorios, y, en tal sentido, quedaban eximidos de probanzas ordinarias». *Poder político y administración de justicia en la España de los Austrias*, *op. cit.*, p. 113.

(70) ALONSO ROMERO, M.<sup>a</sup> P., *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, *op. cit.*, p. 259.

de traición en su sentido amplio como lo hace Las Siete partidas de Alfonso X el Sabio en la Ley 1, Título II de su VII Partida: «Laese maiestatis crimen, en latín tanto quiere decir en romance como yerro de traición que hace hombre contra la persona del rey. Y traición es la más vil cosa y la peor que puede caer en corazón de hombre, y nacen de ella tres cosas que son contrarias de la lealtad, y son estas: injusticia, mentira y vileza». Después enumera hasta catorce formas de traición que no dejan de representar sino ataques el monarca en su misma persona o bien al poder, facultades de gobierno y dignidades que representa. También Diego de Covarrubias (71) se refiere a los delitos de Lesa Majestad como los ataques contra la vida o la posición de quien ostenta la autoridad civil superior u otras maneras de inducir a rebelarse contra el superior y lesionar su autoridad. El mismo autor indica que frente a estos hechos de la mayor gravedad se establecen las sanciones más rigurosas como es la pérdida de la vida y de todos los bienes a lo que se añade la nota de infamia que se extiende a los hijos. Y recuerda que dada la enorme gravedad de la conducta implica que el castigo se ejecute también contra los nobles quienes a pesar de su privilegio de clase social pueden ser colgados de la horca, modalidad de pena de muerte que visibiliza y atribuye una mayor indignidad.

Habían sido apresados los principales dirigentes de los comuneros, de los cuales se había seleccionado a los tres que podían considerarse más sobresalientes. Sin embargo, la intercesión del conde de Benavente por su sobrino hizo que se sustituyera a Pedro Maldonado por su primo Francisco Maldonado, al que en un primer término se le quería conducir preso a Tordesillas. Destino que fue alterado de forma brusca por el de su ejecución (72). De esta forma algunos autores del romanticismo y alguno más tardío dan por bueno que la sentencia a la pena capital se había consignado ya en la persona de Pedro Maldonado, siendo después de pronunciada ésta cuando es hecho el cambio relatado por la intervención de su tío con el fundamento de la espera al juicio del propio monarca. Hasta el punto, entenderá esta versión de los hechos, que el momento de la ejecución de Francisco Maldonado no pudo coincidir con el de Bravo y Padilla, sino que se realizó posteriormente (73).

---

(71) GARCÍA SANCHEZ, J., GARCÍA FUEYO, B., *Diego de Covarrubias y Leyva: Summa de delictis et eorum poenis*. Año 1540. Servicio de publicaciones de la Universidad de Oviedo, 2018, pp. 150 y 256.

(72) BERZAL DE LA ROSA, E., *Los comuneros. De la realidad al mito*, op. cit., p. 128.

(73) En este sentido lo expone Antonio FERRER DEL RÍO. *Historia del levantamiento de las comunidades de Castilla*, op. cit., p. 237.



Difícil es admitir esta posibilidad tal y como está señalado pues la sentencia se refiere al propio Francisco Maldonado, el realmente ejecutado. Por otra parte, tanto el breve juicio como la ejecución tuvieron lugar al día siguiente por lo que no tiene mucho sentido que la intervención del conde de Benavente fuera a llegar tan tarde ni que se admitiera después de haberse pronunciado la condena. De hecho, un relato próximo a los hechos nos confirma que fue la mañana del día 24 en la que los virreyes y el consejo de próceres deliberó sobre la suerte de los principales cabecillas de la rebelión que habían sido apresados. Y fue en ese momento en el que, después de opiniones encontradas se impuso finalmente la tesis de la condena y ejecución inmediata que había de hacer decaer los ánimos de las ciudades comuneras. También en ese momento fue en el que el Conde de Benavente, que había peleado bravamente durante la jornada, consiguió evitar la misma suerte para su sobrino Pedro Maldonado y que le fuera entregado para su custodia hasta el momento en el que le fuera requerido (74).

### 3. La ejecución

La ejecución tuvo lugar de manera inmediata («*incontinenti*» dirá el documento del traslado de la sentencia), después de comunicada la sentencia y un breve tiempo para redactar unas cartas de despedida (75), así como una vez realizada la confesión de cada uno de ellos con un fraile franciscano. Pero eso sí, pese al poco tiempo y el lugar, no se dejó de cuidar el ceremonial de estas ocasiones. «La pena cumplía una función de prevención e intimidación gracias a la publicidad de las mutilaciones corporales, la exposición a la vergüenza pública en los rollos o picotas de las plazas más importantes y, por supuesto, aunque fuera más de cuando en cuando (pues su repercusión era mucho mayor), a través de la teatralidad de los ajusticiamientos públicos» (76). Es decir, la ejecución pública de las penas, máxime de la pena de muerte estaba revestida de un ritual y procedimiento ni mucho menos exento de un grave mensaje a la población, lo que hoy llamamos prevención general negativa y que se puede sintetizar en la intimidación y pavor que causaba la contemplación de la muerte, bien anunciados los delitos cometidos y con los componentes añadidos de

---

(74) MALDONADO, J. *La revolución comunera. El movimiento de España, o sea historia de la revolución conocida con el nombre de las comunidades de Castilla*, op. cit., p. 216.

(75) FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, M., *Poder y sociedad en la España del Quinientos*, Alianza Universidad, 1995, p. 183.

(76) OLIVER OLMO, P., *La pena de muerte en España*, Síntesis, 2008, p. 17.

exposición de partes o del cadáver. En definitiva «A través de una cierta pedagogía del miedo, el poder también hablaba desde los patíbulos» (77). Efectivamente una tradición inmemorial, reflejada, por ejemplo, en Las Partidas, hacía de la ejecución de la pena de muerte la ocasión de prevenir nuevos delitos al presenciar o conocer el ajusticiamiento («porque los otros que lo vieren et lo oyeren reciban ende miedo et escarmiento, diciendo el alcalde ó el pregonero ante las gentes los yerros porque los matan», LXI, TXXXI, P7).

Los condenados fueron montando unas mulas encubiertas de negro (78) y el pregonero a grandes voces anunciaba el delito cometido y la muerte que iba a ser ejecutada como pena que se le había impuesto (79). En la plaza se instaló el cadalso, como estructura de madera algo elevada para llevar a efecto allí las ejecuciones, así como en el otro extremo se colocó un estrado con sus adornos para la presencia de los grandes representantes de la monarquía. Los condenados eran conducidos en esa procesión y llegaron con los rituales tradicionales al lugar donde se encontraba la picota para ejecutarse la degollación (80). Se trataba como de costumbre durante muchos siglos en todos los territorios de una ejecución pública a la que se convocaba a la población y con la que se esperaba lograr un efecto intimidante. Ajusticiamiento público que se extendía a todas las penas por la carga ejemplificante que se quería imprimir y que convertía muchas veces el drama en un espectáculo grotesco (81).

La pena capital adquiría la modalidad de decapitación, forma de ejecución a la que se atribuía una mayor distinción y honorabilidad frente a otras modalidades de pena de muerte. A su vez el concreto instrumento utilizado para cortar el cuello del ajusticiado poseían una mayor o menor elevación en atención a la condición social del condenado, siendo considerada generalmente de mayor dignidad la aplicación de la espada o cuchillo frente al uso del hacha (82). La ejecución

(77) OLIVER OLMO, P., *La pena de muerte en España*, op. cit., p. 18.

(78) FERRER DEL RÍO. *Historia del levantamiento de las comunidades de Castilla*, op. cit., p. 236.

(79) *La revolución comunera. El movimiento de España, o sea historia de la revolución conocida con el nombre de las comunidades de Castilla*, op. cit., p. 216.

(80) DANVILA Y COLLADO, M., *Historia crítica y documentada de las Comunidades de Castilla*, tomo III, op. cit., p. 757.

(81) Ejecución pública incluso para procedimientos que podían ser secretos. La ropa o vestiduras del ejecutado podían ser atribuidos al verdugo o distribuidos entre los soldados. ALLARD, A. *Histoire de la justice criminelle au seizième siècle*. Scientia Verlag Aalen 1970, pp. 332-334. Nos expone estos aspectos más ruines y deshumanizadores SUEIRO, D., *El arte de matar*, Alfaguara, 1968, pp. 591 y ss.

(82) Pese a que parece que entre los romanos el uso de la espada mediante la actuación del verdugo se consideraba infamante, mientras que el empleo del hacha

la realizó el verdugo empleando una espada de grandes dimensiones según alguna versión de los hechos (83), aunque en la clásica representación pictórica de Antonio Gisbert (*Ejecución de los comuneros de Castilla*) aparece el verdugo con un hacha levantando una de las cabezas recién seccionadas. Sin embargo puede suceder que se emplee el hacha para lograr la total y más fácil separación de la cabeza del tronco y así –como se hacía tradicionalmente– exhibir la cabeza del ajusticiado a la muchedumbre que se había congregado (84).

Durante siglos los condenados a muerte por delitos de alta traición fueron degollados o decapitados conforme al precepto de las partidas que prescribe (P. VII, T. XXXI, L. VI): «*Otrosi dezimos, que la pena de la muerte principal, de que fablamos en la tercera ley ante desta, puede ser dada al quela mereciere, cortándole la cabeça con espada, o con cuchillo, e non con segur, nin con foz de segar*». De manera que en España se empleaba para esta degollación espada o cuchillo y no el hacha (85). Esta pena de muerte principal, según la tradición recogida en el texto jurídico del rey sabio, establecía así la modalidad de ejecución de la pena capital para los autores de delitos de Lesa Majestad cometidos por personas notables.

El empleo de la espada en la decapitación daba a la ejecución una mayor relevancia y estaba reservada para personas principales (86). En todo el occidente existía esta convicción respecto a la espada que hacía de la ejecución un acto más honorable (87). La espada había sido considerada como algo sagrado para el germano y también se atribuía al cristianismo el retroceso del hacha como antiguo símbolo

---

empuñada por los líctores no resultaba deshonrosa. Sin embargo, durante el Medievo y posteriormente en todo el occidente la ejecución con espada se consideraba menos infamante. SUEIRO, D., *La pena de muerte, Ceremonial, historia, procedimientos*. Alianza Alfaguara 1974, p. 78-79. Sin embargo, CORRAL afirma que entre los romanos la decapitación se consideraba la forma más noble de morir en ejecución. *Historia de la pena de muerte*. Aguilar 2005, p.163.

(83) ALONSO GARCÍA, D., «La batalla de Villalar. Los comuneros». *Historia National Geographic*, n.º 154 (2016), pp. 96-105.

(84) SUEIRO, D. *La pena de muerte: ceremonial, historia, procedimientos*, op.cit, p. 80.

(85) CUELLO CALÓN, E., *La moderna penología*, Bosch, 1958, p. 212-213. Pese a lo señalado nos dice que la ejecución a cabo mediante «hacha de verdugo» RUIZ AYÚCAR, E. *El Alcalde Ronquillo. Su época. Su falsa leyenda negra*. Diputación Provincial de Ávila. Institución Gran Duque de Alba, serie Minor, 1997, p. 124. Hecho improbable por todo lo que se viene apuntando.

(86) VON HENTIG, H., *La pena I. Formas primitivas y conexiones histórico-culturales*, traducción y notas de José María Rodríguez Devesa. Espasa-Calpe 1967, pp. 293 y ss.

(87) SUEIRO, D., *La pena de muerte: ceremonial, historia, procedimientos*, op.cit., p. 78.

de los dioses. No puede dejar de considerarse en la selección de este instrumento el trasfondo cultural que refleja como un hecho más elevado, de mayor dignidad, dado que como muestra las Partidas de Alfonso X el Sabio, el nombramiento de caballero requiere el simbólico golpe con la espada o también la necesidad de prestar juramento acompañado de la espada e igualmente resulta revelador la representación gráfica de la justicia mediante la espada. Durante mucho tiempo la contraposición será la de la ejecución mediante la horca para el común frente al empleo de la aristocrática espada para las clases superiores.

En realidad, si la traición se considera delito de lesa majestad la consecuencia, pese a la tradición de las Partidas, podía haber sido una muerte infamante como la horca. Sin embargo, parece que se optó por la pena capital pero sin añadir nota de deshonra como podía haber sucedido pues la legislación regia tenía previsto en estos casos la pérdida de privilegios propios de una condición social elevada que permitía la decapitación. Nos lo dice un buen conocedor del sistema penal de la época, «*la pena de tal delito es que muera infame, y ahorcado, aunque fea hidalgo, y noble, que el privilegio en este caso lo pierde, y afsi mesmo pierde los bienes y fon aplicados al fisco*» (88). Y eso que el Almirante de Castilla por lo que parece le prometió a Juan Bravo, después de haber sido hecho prisionero, que lo iba a quemar como él había hecho con su fortaleza de Torrelobatón cuando salió de ella (89).

#### 4. La continuación del ajusticiamiento y su rito

Según E. Berzal después de la ejecución, «Las cabezas de los tres capitanes fueron clavadas en picas y expuestas en garfios en la punta del rollo de Villalar» (90). Lo normal es que las cabezas fueran expuestas en la picota, lugar de ejecución de las penas y exposición de restos y no en el rollo que era el símbolo de la jurisdicción real o señorial. Por eso parece más exacto el dato de Ferrer del Río (91) cuando indica a este respecto que las tres cabezas fueron después clavadas en las escarpas de la picota. Costumbre antiquísima de la generalidad de los pueblos era la de alzar la cabeza tras la decapitación y su inserción

(88) DE LA PRADILLA BARNUEVO, F., *Suma de las leyes penales*. Madrid, en la imprenta del reino, 1639, Cap. III, fol 2v.

(89) PÉREZ RUBÍN, L., «Un episodio de Villalar. La prisión de Juan Bravo», *op. cit.*, p. 386.

(90) *Los comuneros. De la realidad al mito*, *op. cit.*, p. 130.

(91) FERRER DEL RÍO, A. *Historia del levantamiento de las comunidades de Castilla*, *op. cit.*, p. 238.

posterior en la picota o un lugar destacado para su exposición. Tras la primera ejecución, la de Juan Bravo, «El alcalde ordenó al verdugo que separase la cabeza del tronco, porque así debía hacerse con los traidores; y con efecto, la cabeza se separó y colocó en la picota» (92). Después siguieron las de Juan de Padilla y Francisco Maldonado. A finales del siglo XIX todavía se mostraba en Villalar una piedra con tres clavos en la que se decía habían estado clavadas las tres cabezas (93).

En la pintura de las ejecuciones de Villalar del romanticismo histórico el verdugo enarbola la primera de las cabezas cortadas que luego sería colocada en la picota junto a las restantes. Junto a su significado más evidente –y suficiente– de colaborar al mensaje de intimidación social prolongando y extendiendo el de la misma ejecución se han querido añadir innumerables ideas mágicas –no necesarias– como su sentido de captación de la fuerza vital que se entiende residente en la cabeza y otras en un sentido organomágico (94). Esta antiquísima costumbre generalizada en todos los puntos geográficos pretendía mostrar los cadáveres, restos o partes de los ejecutados en distintos lugares de las poblaciones con la finalidad de escarmiento de quien se pudiera atrever a cometer nuevos delitos (95).

En ocasiones la ejecución daba lugar al despojo de los vestidos del ajusticiado de los que se apropiaba el verdugo o al que se entregan las prendas del condenado (96). Para algunos esta costumbre se justificaba en el precedente narrado en el pasaje bíblico en el que los soldados romanos que habían crucificado a Jesucristo se sortearon su túnica (97). Difícil resulta admitir que una sociedad que venera a Jesucristo pueda tomar como referencia un acto de crueldad y humillación sobre él. Más fácil es admitir que se trata de una forma práctica de cobrarse por parte del verdugo su actuación en la ejecución cuando la ejecución de las penas no se entiende como parte de un gasto

---

(92) DANVILA Y COLLADO, M., *Historia crítica y documentada de las Comunidades de Castilla*, tomo III, *op. cit.*, p. 757.

(93) Así lo señala DANVILA, *Historia crítica y documentada de las Comunidades de Castilla*, tomo III, *op. cit.*, p. 758.

(94) De manera que se indica que la historia del derecho no se ha afanado mucho por encontrar una explicación a esta característica costumbre jurídica. Nos muestra profusamente la sucesión de ideas mágicas sobre el alzamiento y exposición de la cabeza del ejecutado VON HENTIG, H., *La pena I. Formas primitivas y conexiones histórico-culturales*, *op. cit.*, pp. 312 y ss.

(95) CORRAL, J. L., *Historia de la pena de muerte*. Aguilar, 2005, p. 76.

(96) ALLARD, A., *Histoire de la justice criminelle au seizième siècle*, *op. cit.*, pp. 332-334.

(97) CORRAL, J. L., *Historia de la pena de muerte*, *op. cit.*, p. 68.

público o no existe la misma mentalidad de gasto o presupuesto público con el que retribuir el trabajo del verdugo que al fin y al cabo era un oficio.

Un aspecto de interés desde el punto de vista penal y aún desde el estudio general de la historia es el del destino de los cuerpos ya sin vida de los condenados a muerte (98). La doctrina del siglo XVI y precedentes, «los doctores», consideraban un hecho grave la privación del beneficio de la sepultura que podía darse en distintos supuestos, incluidos los relativos a los ajusticiados. En realidad, esta carencia de lugar de enterramiento hoy puede ser una tragedia, pero entonces todavía más afrentoso, podía considerarse como una auténtica maldición. La Iglesia se oponía a esta exclusión, incluso el papa Pío V había dictado un «*motu proprio*» para evitar que no se concediera sepultura a los condenados, abarcando también aquellos casos de los ejecutados por los delitos más graves. Pese a ello en la práctica era habitual que se necesitase solicitar expresamente el cadáver para proceder a su enterramiento tras la ejecución y no era tan fácil que se concediera –todo lo contrario–, al menos en los crímenes más atroces. En todo caso la decisión dependía de los Jueces no propensos a conceder el permiso y menos con rapidez, pues se entendía en la mentalidad penal de aquella época que resultaba más provechosa la exposición del cadáver para ejemplo de otros delincuentes y de toda la población. De forma que en aquel tiempo pesaba sobremanera la idea de atender a la educación de la población aunque fuera de forma tan trágica y con ello no se podía atender a la sepultura hasta obtener esa licencia expresa de la justicia, «esto por razón del ejemplo que resulta de ver los cuerpos de los condenados» (99). Cuanto más graves se consideraran los delitos, especialmente los llamados atroces, más tiempo de exposición del cadáver o sus miembros iban a permitir las autoridades.

En este estado de cosas y cuando podía faltar el interés incluso de la familia por hacerse cargo del cadáver del ajusticiado, a veces por delitos llamativos y muy repudiados socialmente, resultaba un problema para quienes acudían a por el cuerpo del ejecutado y procedían a su enterramiento con los consiguientes gastos. Durante mucho tiempo eran los miembros de las órdenes religiosas los que acompaña-

---

(98) Tema al que se refiere Tomás Cerdán de Tallada en su obra *Visita de la cárcel y de los presos*, pp. 139-140.

(99) Castillo de Bovadilla, J., *Política para Corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz, y de guerra, y para jueces eclesiásticos u seglares y de Sacas y Audiencias*, tomo segundo, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1978, p. 303.

ban al reo antes y durante la ejecución, asistiéndole espiritualmente e incluso en otro tipo de necesidades, así como recogían el cadáver y le daban tierra, e incluso eran lugares de iglesias o conventos los ofrecidos para poder enterrar a los ejecutados (100). En muchos lugares de España se crearon cofradías que bien exclusivamente o como parte de su actividad tenían como misión asistir a los condenados a la pena capital, de forma material y espiritual, antes de la ejecución, durante su práctica y también después de que hubiera perdido la vida (101).

En Barcelona, Madrid, Játiva o Zaragoza se tiene constancia de estas prácticas piadosas dirigidas hacia los condenados a la pena de muerte y muchas veces también hacia todo tipo de desamparados. En la capital aragonesa la Hermandad de la Sangre de Cristo, al menos desde el siglo XVI y siglos después, se ocupaba de estas duras tareas de consuelo y asistencia de los reos hasta el momento de la ejecución pero también después recobrando el cuerpo ya inerte y haciéndose cargo de su entierro (102). Pasado un tiempo desde la ejecución la Hermandad podía recibir un aviso de las autoridades judiciales o bien solicitaba ella misma el permiso para sepultar los restos de los condenados. Y esta tarea no siempre era fácil pues la sentencia podía incluir la «descuarteración», con mutilación de partes del cadáver que además podían haber sido enviadas a la población de origen o donde se había cometido el delito o la ejecución incluía la vieja tradición romana del *culeum* en el que los ajusticiados eran encubados o metidos en un saco con animales reales o figurados y arrojados al río del que había que rescatarlos. En otras situaciones había que sacarlos del fuego —como en el caso de los ejecutados por falsarios—, o bien se daban ocasiones en los que el cadáver estaba ya muy deteriorado. En ocasiones, a veces con conocimiento de las autoridades, otras veces totalmente al margen de lo que las autoridades dispusieran o conocieran, el cuerpo de los ajusticiados podía entregarse o hacerse de alguna manera con ellos, a los cirujanos «para hacer anatomía» (103). De esta manera la ciencia progresaba también por caminos insospechados.

---

(100) OLIVER OLMO, P., *La pena de muerte en España, op. cit.*, p. 19.

(101) Como se puede comprobar en GÓMEZ URDÁNEZ, J. L., *La Hermandad de la Sangre de Cristo en Zaragoza. Caridad y ritual religioso en la ejecución de la pena de muerte*. Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1981, pp. 5 y ss.

(102) GÓMEZ URDÁNEZ, J. L., *La Hermandad de la Sangre de Cristo en Zaragoza. Caridad y ritual religioso en la ejecución de la pena de muerte, op. cit.*, pp. 43 y ss.

(103) CASTILLO DE BOVADILLA, J., *Política para Corregidores y señores de vasallos, entiendo de paz, y de guerra, y para jueces eclesiásticos u seglares y de Sacas y Audiencias*. Tomo Segundo, *op. cit.*, p. 303.

### III. LA RESPUESTA PENAL DESPUÉS DE LA DERROTA COMUNERA

Después de la batalla de Villalar la suerte estaba echada y la derrota así como la posterior rendición comunera se fue propagando especialmente por la parte situada al norte de la sierra de Guadarrama en donde se encontraban los focos principales de la insurrección con la importante excepción de Toledo (104). Aunque subsistieron algunos núcleos de resistencia, especialmente la ya indicada ciudad de Toledo durante los siguientes seis meses, lo cierto es que, como parece razonable, la importante derrota militar y también anímica, irían dando paso a la extinción paulatina pero imparable de la causa comunera.

#### 1. La acción inicial de los virreyes, antes de la vuelta de Carlos I

De inmediato los gobernadores establecen un procedimiento sistemático para acabar con la oposición en aquellos lugares en los que todavía permaneciera alguna evidencia de resistencia o permanencia de las proclamas comuneras. En la medida en la que el levantamiento iba decayendo y se recuperaban los territorios para la autoridad real, los virreyes iban enviando sucesivamente corregidores a las ciudades para asegurar el orden y restablecer la autoridad regia.

La mecánica que se siguió fue aprovechar el momento en el que se difundían las noticias sobre la derrota de Villalar y el ajusticiamiento de Padilla, Bravo y Maldonado. Rápidamente los virreyes se presentaron ante Valladolid y allí se acordó el perdón general para la ciudad con algunos casos principales a los que sí se hacía responsables. «de allí vino el condestable y el almirante y el ejército a Simancas, donde vino a rendirse Valladolid, la cual se perdonó, aunque se exceptaron doce personas, y la misma orden se llevó en todas las otras cibdades» nos dirá el parte de guerra que el Conde de Haro envía a su majestad (105). Después partieron hacia Medina del Campo donde se repitió la operación o Segovia en la que hubo algo más de resistencia. En el conjunto de ciudades comuneras se llevaron a cabo los mismos hechos, rendición con perdón para la generalidad de la población pero

---

(104) BERZAL DE LA ROSA, E., *Los comuneros. De la realidad al mito*, op. cit., p. 133.

(105) DANVILA Y COLLADO, M., *Historia crítica y documentada de las Comunidades de Castilla*, tomo III, op. cit., p. 748.



con aplicación de la pena capital u otras a los considerados más instigadores y entregados a la rebelión (106).

Así nos narra Joseph Pérez los desórdenes con motivo del entierro de Juan Bravo en Segovia. Y también el mismo autor señala que, por otra parte, tampoco los corregidores en muchas ocasiones actuaban con mucha energía para evitar lo que pudieran ser consecuencias peores e incontroladas, así como también por un desconcierto ante la posible respuesta de los superiores, ya que en algunos supuestos los nobles e incluso los propios virreyes habían protegido a los implicados en hechos de las comunidades. El Corregidor de Salamanca no consigue apresar a los exceptuados del perdón general en esa ciudad y por ello se queja amargamente al cardenal Adriano que «cada uno de estos caballeros tiene sus amigos» (107). Estos oficiales representantes de la autoridad del rey se encontraron con reticencias y problemas, con una más explícita o al menos solapada resistencia como producto todavía de los enfrentamientos previos o de los amparos que tuvieran las personas perseguidas.

Durante el periodo inmediatamente siguiente a la batalla de Villalar se lleva a efecto la elaboración de las listas de participantes y colaboradores en el levantamiento. Es en esos meses de abril y mayo cuando se lleva a cabo una intensa actividad en las distintas localidades para determinar los intervinientes en el movimiento de las comunidades. Los virreyes una vez recibida la documentación local, elaboran un texto general reduciendo el número proporcionado en origen, al considerarlo excesivo, seleccionando a las personas de mayor relevancia en los hechos. Las listas elaboradas sobre personas excluidas del perdón y por tanto a perseguir penalmente también tenían, como se ha indicado, ese carácter contenido o restrictivo. Las ciudades y los grandes se esforzaban en proteger a sus vecinos y amigos y en no pocos casos lo lograban de manera formal o simplemente por la vía de los hechos. Así el propio Almirante señalaba como un hecho escandaloso e indignante que Pedro Maldonado –uno de los principales capitanes comuneros capturado conjuntamente con los ejecutados en Villalar– estuviera aún con vida gracias a la protección del Conde de Benavente (108).

---

(106) Así nos lo indica Juan MALDONADO, *La revolución comunera. El movimiento de España, o sea historia de la revolución conocida con el nombre de las comunidades de Castilla*, op. cit., pp. 217-218.

(107) Stephen HALICZER, *Los comuneros de Castilla. La forja de una revolución (1475-1521)*. Universidad de Valladolid 1987, p. 264.

(108) PÉREZ, J., *La revolución de las Comunidades de Castilla (1520-1521)*, op. cit., p. 577.

Avanzado el tiempo, pero todavía en el trascurso del mes de mayo, las ciudades recibieron una carta de perdón del que se excluía a determinadas personas (exceptuados). De manera que en estos primeros momentos eran los propios virreyes quienes decidían exiliar temporalmente a antiguos comuneros no exceptuados y de esta manera establecer una tercera fórmula intermedia de respuesta más tenue. Por otra parte, se produce, prácticamente a lo largo de todo el proceso de persecución de los comuneros, un conflicto entre los virreyes y el Consejo Real sobre la posibilidad de que este órgano llevara adelante el enjuiciamiento o tuviera competencias para la persecución penal y castigo de los sucesos de las comunidades. El Almirante entendía que la actuación del Consejo en esta materia podía reavivar el enfrentamiento que se había producido entre los miembros de este órgano y la población.

Se sabe también que después de la publicación de las listas de proscripción, los virreyes concedieron unas amnistías suplementarias, como la de Alonso de Cuéllar, indultado en octubre de 1521 (109). Todos estos hechos hicieron entonces que el castigo llevado a cabo en esta primera fase después de la batalla de Villalar no fuera muy intenso, y en no pocos casos el proceso penal a que dio lugar la participación de algunas personas en las revueltas no continuara después de la fase de instrucción, sin llegar a su culminación con sentencia alguna. Pero en aquellos casos más representativos sí que se inició la persecución penal y se llegó a dictar algunas sentencias condenatorias. Puesto que los procesos iniciados no eran exagerados en su número, tampoco las condenas podían ser consideradas –en cuanto a su número– desmesuradas. En principio hasta el 16 de julio de 1522, las cifras conocidas nos muestran la existencia de nueve condenas, con las correspondientes penas capitales acordadas en las sentencias. También habría que incluir además lo acaecido en otro tipo de procesos, como los condenados por tribunales extraordinarios (así puede indicarse lo sucedido con el doctor Zumel en Toledo) y además los condenados por la justicia señorial, siempre más difíciles de precisar. En todos estos casos los acusados pudieron ejercitar su defensa contando con la representación y acción legal de un abogado.

En cuanto a los efectos de las condenas, en la mayoría de los casos la condena era a muerte por delito de lesa majestad (traición). Como en la práctica se habían hecho una selección de los casos más graves, éstos se correspondían con lo que podían dar lugar a su vez a sanciones de la mayor dureza. Como parte de los exceptuados estaba Bernal-

---

(109) PÉREZ, J., *La revolución de las Comunidades de Castilla (1520-1521)*, *op. cit.*, p. 583.

dino de San Román, maestre de campo y capitán de comuneros en Palencia, quien con su gente armada había asaltado, saqueado e incendiado el castillo y casa fuerte del conde de Buendía en Tariegos. Él mismo y otros serían condenados «en pena de muerte» de forma –según la fórmula de aquel tiempo– «que sea puesto y colgado con una soga a la garganta hasta que muera y le salga el ánima de las carnes y de allí quitado sea echado en una hoguera ardiendo conforme a la ley», pero también con sanción económica de 200 ducados destinados a la reconstrucción del edificio y 150.000 maravedís para la Cámara real (110). En este caso a la pena de muerte acompañará la marca infamante del modo de ejecución de la sanción capital.

En otros supuestos se dio la orden de destruir la casa de los comuneros hasta los cimientos, sembrando de sal el lugar (como sucedió señaladamente en los casos de Padilla en Toledo (111) y Ramir Nuñez de Guzmán en León). La extrema gravedad del delito de traición hacía entender que el mismo no sólo afectaba al autor de los hechos, sino a su linaje también, lo que provocaba la deshonra que se extendía a los descendientes. «*Y afi mefmo para perpetua infamia, y memoria, la morada, y cafas del que tal delito cometiere, fe echan por tierra y derriban y el señorío de ellas, y todos los demás sus bienes, lo pierde*» (112). La confiscación de bienes se aplicaba también a los hijos de forma total, de manera que no podían recibir otras herencias, aplicada sólo de forma parcial a las hijas, pues según Las Partidas (P. 7, T. II, L. II) no cabe esperar el mismo peligro de las mujeres en estos contextos.

También, con un evidente sentido simbólico pero profundo en la sociedad de aquel momento histórico, se ejecutaron picados de escudos en algunas casas de importancia (Segovia) para eliminar las armas de los participantes en la comunidad y así rebajar su significación social. En algunos casos las condenas no irían referidas a la pena de muerte. Se produjeron algunas otras condenas a penas no capital. En el caso del doctor Zúñiga, miembro del claustro universitario de Salamanca, se le desposeyó de su cátedra.

---

(110) Así lo refleja FERNÁNDEZ MARTÍN, L. *El movimiento comunero en los pueblos de tierra de Campos*. Centro de Estudios e Investigación «San Isidoro». León 1979, p. 383.

(111) «La casa de Juan de Padilla fue demolida e igualada con el suelo, en medio de cuyo solar sabemos que fue puesta una columna con una inscripción que refería el hecho». MALDONADO, J., *La revolución comunera. El movimiento de España, o sea historia de la revolución conocida con el nombre de las comunidades de Castilla*, op. cit., p. 225.

(112) DE LA PRADILLA BARNUEVO, F., *Suma de las leyes penales*. Madrid, en la imprenta del reino, 1639, Cap. III, fol 2v.

Se ha valorado los efectos de la persecución penal de los comuneros en este primer periodo tras la victoria de los realistas en el campo de batalla. El efecto de esta respuesta penal fue muy reducido según nos cuenta un investigador fundamental para el conocimiento de estos hechos como es Joseph Pérez. Este análisis se hace después de comprobar que los virreyes, con algunas diferencias entre ellos y con el propio Consejo, habían optado por una respuesta penal que podía considerarse como intensa pero también selectiva.

## 2. El regreso del emperador

La llegada del monarca a las tierras castellanas supuso un impulso en la persecución de las responsabilidades derivadas de los hechos del levantamiento de las comunidades. Después del retorno del monarca se reactiva la represión frente a los responsables de las comunidades con la iniciación de nuevos procesos penales con particular protagonismo del Consejo Real. Carlos I había regresado el 16 de julio de 1522 y se instalaría con su Corte en Palencia, dándose lugar a ese cambio en la anterior ralentización en la persecución de la justicia penal respecto a los acusados de colaborar en el movimiento comunero.

### A) PROCESOS DE PALENCIA Y VALLADOLID

En este momento el Consejo Real reinicia los procesos de los comuneros, especialmente contra los que se encontraban todavía en prisión a raíz de las revueltas y luchas anteriores. Un caso singular ya mencionado fue el de Pedro Maldonado (113), el cual había sido uno de los cabecillas comuneros pero que había sido salvado del procesamiento en Villalar por su tío el Conde de Benavente, quien consiguió retrasar su enjuiciamiento hasta el regreso del rey. Sin embargo, desde el 20 de mayo de 1521 pasó a estar encerrado en el castillo de Simancas, fortaleza dedicada desde hacía tiempo a prisión de Estado, pues anteriormente estaba custodiado por su propio tío. Este paso previo resultaba premonitorio de su destino final. Posteriormente es juzgado en Palencia –lugar en el que se realizan la mayor parte de estos procesos–, donde el Consejo Real le condena a la pena de muerte. Como consecuencia de la condena el 13 o 14 de agosto, hay alguna duda sobre la fecha exacta, sale de la fortaleza de Simancas montado en una

---

(113) PÉREZ, J., *La revolución de las Comunidades de Castilla (1520-1521)*, *op. cit.*, p. 586.

mula y encadenado para ser ejecutado mediante degollación en la plaza mayor de la localidad (114). La sentencia ordenaba –según la fórmula reiterada tradicionalmente– que «le sea cortada la cabeza con un cuchillo de hierro y acero por manera que muera naturalmente y salga el ánimo de las carnes» (115). Como en las ejecuciones de Villalar –batalla en la que había tomado parte– se respeta su condición social y a la pena no se añade componente alguno de deshonor por la forma de ejecución, todo lo contrario, la muerte a espada o cuchillo reafirma su elevada condición.

El otro caso, más numeroso, es el de los procuradores de la Junta comunera que habían sido detenidos en la toma de Tordesillas por las tropas realistas (116). Eran catorce los procuradores de la Junta comunera que habían sido aprehendidos pero siete de ellos permanecían en libertad sin fianza y los restantes, otros siete, eran los que sí que se encontraban encerrados. Primero habían estado en el castillo de Tordesillas, pero con motivo de su demolición, en enero de 1522, habían sido trasladados al Castillo de la Mota en Medina del Campo. En esta fortaleza se encontraban reclusos en este caso bajo fuertes medidas de seguridad, encadenados y durmiendo en una mazmorra, así como sin poder recibir visitas, ni siquiera la de sus abogados. A primeros de agosto también el Consejo Real pronuncia una sentencia condenatoria para los acusados con imposición de la pena de muerte. Serían ejecutados en la plaza de Medina del Campo.

Se puede tomar como una referencia para valorar la aplicación de la justicia penal a los comuneros el periodo que va hasta el momento significativo en materia penal del perdón llamado de Todos los Santos. En el momento en el que se pronuncia el perdón real se habían dictado veintiuna condenas a muerte efectivas, es decir, con la ejecución posterior del reo. También se habían firmado otras cincuenta condenas a la pena capital, pero en estos casos con el reo juzgado en rebeldía y, por tanto, sin que pudiera llegar a ponerse en práctica. Todos los anteriores procesos penales y su sentencia condenatoria las había llevado a cabo el Consejo Real, que era el órgano que tras la vuelta del monarca había asumido inicialmente la persecución penal de las revueltas comuneras.

---

(114) BERMEJO CABRERO, J. L., *Poder Político y Administración de Justicia en la España de los Austrias*, *op. cit.*, p. 116.

(115) Según recoge CUELLO CALÓN, E., *La moderna penología*, *op. cit.*, p. 213. También SUEIRO, D., *La pena de muerte, Ceremonial, historia, procedimientos*, *op. cit.*, p. 80.

(116) PÉREZ, J., *La revolución de las Comunidades de Castilla (1520-1521)*, *op. cit.*, p. 586-7.

Después también entraron a conocer y decidir otros casos los alcaldes de Casa y Corte, dictando veintidós sentencias condenatorias a la pena de muerte, pero en todos ellos el reo era juzgado en rebeldía por lo que la misma no llegó a ser efectiva. Esta falta de aplicación práctica de la condena sucedió, por ejemplo, con Bernardino de Valbuena sentenciado a pena de muerte como capitán de comuneros tanto en su localidad de Villalpando como al final de la rebelión ya en Toledo. A este enardecido comunero y de carácter violento se le condenaba en la sentencia de 25 de octubre de 1521 a morir en la horca y al secuestro de sus bienes (117). El Consejo Real se había ocupado ya de los casos en los que el acusado se encontraba preso y, por ello, si la sentencia resultaba condenatoria podía ejecutarse inmediatamente. En conjunto se había pronunciado en este periodo unas cien sentencias a la pena máxima, aunque de ellas no había podido consumarse sino las veintiuna ya indicadas, pues en el resto los acusados no se encontraban a disposición de la justicia.

#### B) EL PERDÓN DE TODOS LOS SANTOS (1 DE NOVIEMBRE DE 1522)

Desde finales del verano había remitido la acción judicial pues en ese periodo anterior había sido intensa la realización de procesos penales y el pronunciamiento de sentencias. En la práctica todas las ejecuciones de pena capital serían anteriores a la concesión del perdón real de todos los Santos, a excepción del muy singular caso del obispo Acuña. Se dio paso posteriormente a la preparación de una amnistía general para los sucesos comuneros. Se trataba de un perdón general o amnistía, de la que sin embargo se excluía a algunos de los comuneros considerados más significativos y que eran mencionado expresamente (los exceptuados), en una relación de 293 nombres, entre los que, eso sí, se incluían algunos ya juzgados y condenados.

El perdón fue promulgado por el monarca en una ceremonia solemne realizada en la plaza mayor de Valladolid el 1 de noviembre de 1522, con la concurrencia de la mayor parte de las autoridades del reino junto con el propio emperador (118). La amnistía o perdón promulgado era únicamente válida en lo que tocaba a la responsabilidad criminal de las personas concernidas, pero no para la responsabilidad civil pues no se renunciaba a las indemnizaciones por los numerosos

---

(117) LÓPEZ MUÑOZ, T., «Bernardino de Valbuena: el líder comunero de Villalpando». *STVDIA ZAMORENSIA*, Segunda Etapa, vol. VIII (2008), p. 59.

(118) Asistentes entre los que se encontraba el Alcalde Ronquillo al que veremos nuevamente en el desenlace penal del castigo al último comunero. RUIZ AYÚCAR, E., *El Alcalde Ronquillo. Su época. Su falsa leyenda negra, op. cit.*, p. 125.

daños y perjuicios ocasionados durante las revueltas para particulares, grandes señores y la misma hacienda real. Se hacía mención, como el objeto penal al que se dirigía el perdón, a los delitos de lesa majestad y traición, así como a todo tipo de asesinatos o ejecuciones sumarias.

#### C) LAS MULTAS DE COMPOSICIÓN

Pasado el tiempo se habilita otro procedimiento para el resarcimiento de las responsabilidades. La provisión fechada en Pamplona el 4 de noviembre de 1523 generaliza este procedimiento de composición pecuniaria que por tanto había sido empleado antes, aunque de forma muy excepcional. Con el establecimiento de esta posibilidad se permite la extinción de la responsabilidad penal de aquellas personas incluidas entre los exceptuados que pagaran una multa que debía ser establecida caso por caso.

Hasta enero de 1524 fueron cincuenta los exceptuados acogidos a estas multas de composición, mediante las que se recaudaron casi veinte millones de maravedíes. Pese a que en un primer término parece que el monarca no parecía muy proclive a aceptar esta posibilidad, sin embargo, las grandes dificultades de la hacienda real, el paulatino alejamiento de los sucesos y la evidencia de que los principales responsables habían sido ya condenados, facilitaron sin duda el establecimiento de este sistema.

#### D) LAS JURISDICCIONES ESPECIALES, ESPECIALMENTE CLEMENTES

En una época caracterizada por la fragmentación jurídica existían no pocos casos en los que el conocimiento y decisión de la responsabilidad penal no era competencia de la justicia real. Lo que a su vez significaba en la práctica cierto privilegio y protección para los encausados.

En cuanto a las Órdenes Militares y los procesos que les competían, eran pocas personas las concernidas, de las que únicamente se conoce una condena, siendo el resto absueltos. Sin embargo, respecto al clero, éste era un grupo mucho más amplio de participantes como se aprecia, por ejemplo, del listado de comuneros del Edicto de 17 de diciembre de 1520. La forma de llevar adelante los procesos se hizo haciendo residir la competencia para ellos en los superiores de las órdenes religiosas (si pertenecían a alguna de ellas) y en el Obispo de Oviedo (si se trataba de clero secular). Sin embargo, los más comprometidos en las revueltas se acogieron a la protección del nuevo papa Adriano VI y acudieron a refugiarse a Roma, algunos incluso haciendo

el viaje con el mismo pontífice cuando se trasladó desde la península, en la que se encontraba como gobernador de los reinos de Carlos I, hasta la sede romana.

#### E) LAS AMNISTÍAS DE 1525 Y 1527

Incluso finalmente se aprobaron en poco espacio temporal dos nuevos perdones generales para aquellos que –en menor medida– todavía tenían pendiente su responsabilidad penal. Por una parte, con el primero de ellos en 1525, veintinueve comuneros obtuvieron un perdón total de sus delitos. Otros cuatro, de mayor relevancia en los hechos, lograron un perdón parcial con prohibición de residencia en determinados lugares.

Por otra parte, ya en último término la amnistía promulgada en 1527 y dirigida a los más desheredados o en situación verdaderamente calamitosa, los que reciben de forma postrera la medida de gracia y quizás no en todos los casos. Se produce la aprobación de este perdón en una ocasión muy singular para la monarquía, como es el nacimiento del futuro Felipe II en Valladolid, el heredero de la corona. Se incluyen en esta ocasión casos particularmente desgraciados de personas y sus familias en una situación de grave penuria económica. Afectará finalmente a tan sólo doce personas a las que se declara extinguida su responsabilidad.

### 3. El conjunto de las responsabilidades penales exigidas como consecuencia del levantamiento comunero

Como imagen general de la aplicación de la Justicia penal al levantamiento comunero. J. Pérez, quizá el principal conocedor de este periodo y sucesos, nos ofrece el siguiente cuadro de la responsabilidad exigida a los comuneros (119). En un primer momento el perdón de 1522 fijaba un total de 293 exceptuados, es decir, de responsables a los que cabía exigir la misma. Sobre veintidós de ellos, una vez concluido el proceso con la condena a muerte, se aplicó la pena capital. Como bien señala Berzal (120) «Los ejecutados y condenados a muerte fueron capitanes comuneros, procuradores de la Junta y quienes habían ayudado a prender a los miembros del Consejo real en Valladolid». Entre todos los comuneros a la espera de dirimir su res-

(119) Cifras proporcionadas por PÉREZ, J., *La revolución de las Comunidades de Castilla (1520-1521)*, op. cit., p. 628

(120) *Los comuneros. De la realidad al mito*, op. cit., p. 164.



ponsabilidad, veinte de ellos que se encontraban en prisión a la espera de decidir su responsabilidad murieron previamente sin que llegaran a ser juzgados. Otros cincuenta de los mencionados en el perdón general consiguieron eximir su responsabilidad mediante las multas de composición. De manera radicalmente diferente, mediante absoluciones y amnistías, unos 100 comuneros quedaron exonerados.

En su conjunto la aplicación de algún tipo de pena, distintas y en grado variado, alcanzó únicamente a unos cien implicados en los hechos comuneros. Como valoración global, señala Pérez que «Tratándose de una revolución que puso en cuestión los mismos fundamentos del Estado y amenazó con subvertir el orden social establecido, la represión no fue excesivamente dura, al menos al nivel individual». Mencionando el trabajo de J. Pérez, Berzal (121) nos indica que si bien la primera parte de la represión llevada a cabo por los virreyes fue de menor intensidad, la segunda en presencia del emperador la califica de más feroz. Por otra parte, señala el mismo autor que si bien desde un punto de vista cuantitativo la acción de la justicia no fue exagerada, algunas sanciones como la imposibilidad de ocupar cargos públicos resultaron perjudiciales a medio plazo por eliminar una parte de la élite política castellana. Se refiere de esta manera a las consecuencias políticas de reafirmación y profundización de la monarquía absoluta. Pese a lo indicado, sin embargo, en estas últimas afirmaciones sobre la ferocidad de la represión y las consecuencias políticas y sociales se aparta de lo indicado por el hispanista francés.

Para Bermejo Cabrero (122) se trató de una inmisericorde política de represión por parte del futuro Emperador, citando los casos de los sucedido en Segovia al inicio de las revueltas o con el incendio de Medina del Campo o, también, en la intensa represión que inicialmente se debió llevar a cabo en las tierras señoriales. Para este autor en realidad los comuneros lo único que reclamaban era el cumplimiento de las leyes del reino, al tiempo que ellos procuraron ajustarse a lo preceptuado en esas mismas leyes. Sin embargo, estima que se llegó a imponer un «verdadero programa represor, lleno de terror y espanto» (123).

En realidad, después de un detenido y amplio estudio de todo el proceso de las Comunidades, J. Pérez califica la acción de la justicia real como moderada. Indica al respecto también que «Por lo que res-

---

(121) *Los comuneros. De la realidad al mito, op. cit.*, p. 159.

(122) *Poder político y administración de justicia en la España de los Austrias, op. cit.*, pp. 108 y ss.

(123) BERMEJO CABRERO, J. L., *Poder político y administración de justicia en la España de los Austrias, op. cit.*, p. 113.

pecta a la justicia real, el número de ejecuciones parece muy moderado si tenemos en cuenta la gravedad de la rebelión. No podemos estar de acuerdo con la afirmación de algunos historiadores liberales del siglo XIX que denunciaron con vehemencia el espíritu vengativo del emperador, el carácter sanguinario de la represión... El soberano estaba decidido a castigar, pero lo hizo de modo inmediato y con moderación. Se podría objetar, en todo caso, que sus víctimas fueron escogidas un tanto al azar; los jueces castigaron a los comuneros que tuvieron la desgracia de encontrarse en prisión al regreso del rey. Los más hábiles, los parientes o protegidos de los Grandes, corrieron mejor suerte, aunque el ejemplo de don Pedro Maldonado prueba que las recomendaciones no influyeron para nada en el monarca. Pese a ello hemos de reconocer que en conjunto los protegidos de la aristocracia dejaron que se disipara la tormenta y finalmente escaparon al castigo supremo» (124).

Para Haliczzer, otro reconocido especialista en el tiempo de las comunidades, también la represión posterior al movimiento comunero fue bastante suave, no sólo por el número modesto de los perseguidos sino también por cuanto se comprueba que los comuneros, excluidos o no del perdón general, continuaron con sus puestos en la vida castellana y mantuvieron el control de la vida de las urbes y sus tierras. Incluso el propio monarca asumió una parte del programa comunero y llevó a cabo un enérgico programa de reformas, dando la espalda a la aristocracia castellana y defraudando las ambiciones políticas de la misma (125).

---

(124) *La revolución de las Comunidades de Castilla (1520-1521)*, *op. cit.*, p. 588.

(125) *Los comuneros de Castilla. La forja de una revolución (1475-1521)*, *op. cit.*, pp. 264-266.

La regulación de la responsabilidad penal de las  
personas jurídicas por delitos de terrorismo.  
El terrorismo, ¿riesgo en el tráfico jurídico y  
empresarial?

M. ELENA TORRES FERNÁNDEZ

Catedrática de Universidad  
Universidad de Almería

**RESUMEN**

*En la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de terrorismo se cruzan dos de los sectores normativos más propicios para el expansionismo penal. Por un lado, la regulación del terrorismo con una amplitud cada vez mayor y más cuestionable conforme a los principios del Derecho penal. Por otro, la imposición legal a las personas jurídicas de deberes de control interno para prevenir la comisión de delitos en su contexto de actividad. Ambas tendencias convierten a esta concreta regulación en la piedra de toque del devenir del Derecho penal en los próximos años.*

*Palabras clave: terrorismo, responsabilidad penal de las personas jurídicas, expansionismo penal*

**ABSTRACT**

*With regards to the criminal liability of legal entities for terrorist offenses, two of the regulatory environments most conducive for penal expansionism intersect. On the one hand, the regulation on terrorism with its ever increasing and controversial scope in accordance with the principles of criminal law, and on the other, the legal imposition on legal entities who are responsible for the internal monitoring with regards to*

*crime prevention within the scope of their activity. Both trends make this specific regulation the touchstone for the future of criminal law in the coming years.*

Keywords: *terrorism, criminal liability of legal entities, criminal expansionism.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Directrices internacionales.–III. Terrorismo: redefinición expansiva del concepto.–IV. Imputación de delitos de terrorismo a personas jurídicas.–V. Conclusiones.

## I. INTRODUCCIÓN (1)

En los últimos decenios, y sobre todo, a partir de la monografía de Ulrich Beck, se ha generalizado el uso de la denominación de *sociedad del riesgo* para referirse a la caracterización de la sociedad contemporánea con un alto nivel de complejidad organizativa y definida, precisamente, desde el prisma de la *exposición al riesgo* derivado de distintos procesos *generados por la humanidad* (2).

Cuando se habla de sociedad del riesgo se alude a las consecuencias negativas del desarrollo tecnológico y del sistema de producción y consumo, consecuencias que adquieren dimensiones aptas para constituir las en una amenaza generalizada para las personas (3). En este contexto los llamados «nuevos riesgos» se corresponden con riesgos de procedencia humana como un fenómeno social y estructural (4), que en numerosos casos se presentan como consecuencias involuntarias del proceso industrial a menudo impredecibles en un momento anterior a su materialización y por tanto, difícilmente calculables, ni tampoco, controlables (biotecnología, energía nuclear,

---

(1) Este trabajo forma parte de mi aportación al Proyecto de Investigación Der 2016-7783812 financiado por el MINECO del que son investigadores principales los profesores Ropero Carrasco y Jiménez García.

(2) BECK, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, 3.ª reimpresión. Barcelona, 2010.

(3) Sobre distintos desarrollos teóricos del modelo conceptual de la sociedad del riesgo, *vid.* COLINA RAMÍREZ, E., *Sobre la legitimación del Derecho penal del riesgo*, Barcelona, 2014, pp. 69-83.

(4) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho Penal*. 3.ª ed. ampliada. Buenos Aires, 2011, p. 14.

riesgo químico, ecológico...). Se trata de riesgos de enormes dimensiones, catastróficos, que eventualmente pueden alcanzar a toda la humanidad (5). El manejo de tales riesgos acaece en contextos de actividad en organizaciones complejas. La multiplicidad de cursos causales y su interacción difumina la posibilidad de determinación de responsabilidad. Ello acontece en una sociedad en la que los cambios en los modos de producción, la economía y las relaciones interpersonales se suceden con gran rapidez, provocando la pérdida de referentes estables, frente a la que los individuos se sienten desprotegidos generando una gran *sensación de inseguridad*, difícil de medir, ante la cual, la sociedad demanda intervención de los poderes públicos, sin excluir para ello el recurso al Derecho penal (6).

A pesar de la llamada al Derecho penal para contener los nuevos riesgos artificiales, la complejidad de las interacciones en las que tienen origen, procesos productivos en los que intervienen distintos sujetos, con distintas aportaciones hace muy difícil poder depurar la responsabilidad correspondiente en cada fase del proceso con el rigor que exige el proceso penal, responsabilidad que se ve diluida en la estructura organizativa. Así, ante la *complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad*, la posibilidad de intervención penal se ve forzada al reconocimiento de *nuevos bienes jurídicos colectivos* más alejados de referentes individuales y el empleo de fórmulas que reducen las exigencias de la imputación de responsabilidad como los *delitos de peligro* (7), normas que tutelan el mantenimiento de determinados estándares normativos (8), el establecimiento de *deberes de control* sobre el riesgo o la *expansión* de la operatividad de la *comisión por omisión* (9).

A la dificultad técnica de intervenir frente a los nuevos riesgos mediante el empleo del Derecho penal en su sentido más convencional y clásico se superpone la erosión de Estado nación a través de su integración en organismos internacionales, que aminora sus atribuciones de soberanía, y el retroceso del modelo de Estado social, en el que los poderes públicos asumen una función prestacional, mientras se abre paso un nuevo modelo para satisfacer esas necesidades, que hasta el momento se satisfacían por los poderes públicos. El Estado adopta

---

(5) MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho Penal de la sociedad del riesgo*. Madrid, 2001, pp. 26-30; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión... cit.*, pp. 28-29.

(6) MENDOZA BUERGO, B., *op. cit.*, p. 31.

(7) MENDOZA BUERGO, B., *op. cit.*, pp. 68-69, quien menciona «el cambio de paradigma de un Derecho que prohíbe lesiones a bienes individuales a uno que pretende procurar la seguridad en todos los terrenos».

(8) MENDOZA BUERGO, B., *op. cit.*, p.71.

(9) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión... cit.*, pp.17-18.

un papel de garante regulador de la forma en la que otros agentes particulares han de asumir esas prestaciones, surgiendo el modelo de «autorregulación regulada», que impone nuevas obligaciones al sector privado en su intervención en la economía en el sentido de prevenir riesgos derivados del sistema normativo (10), incluidos los riesgos penales (11).

Pero no todos los riesgos que contribuyen al sentimiento generalizado de inseguridad, proceden del manejo de potentes tecnologías, sino que el origen y características de los riesgos es mucho más variado que la tipología manejada por Beck, al tiempo, que otros factores contribuyen a sostener esa sensación social de inseguridad. En la sociedad globalizada los cambios tecnológicos, económicos y sociales se suceden con rapidez y dejan a los individuos sin referentes sólidos que sirvan de asidero, más conscientes de su propia vulnerabilidad (12). En este contexto de pérdida de referentes, la percepción del riesgo real o figurado, se agudiza (13). La generalizada sensación de inseguridad no sólo se apoya sobre el temor a los nuevos riesgos, sino que se asienta sobre variadas incertezas vitales (14). Entre los temores más comunes, el miedo al delito ocupa un espacio cualificado como paradigma de la inseguridad vital (15). En la construcción del temor al

(10) Sobre el «Estado de Garantía», *vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M., «¿Derecho penal regulatorio?». *En busca del Derecho penal. Esbozos de una teoría realista del delito y de la pena.* Buenos Aires, 2015, pp. 145-147.

(11) Sobre la referencia al tipo de riesgos asumidos por las empresas, DEL ROSAL BLASCO, B., *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas.* Madrid, 2018, p. 217; JAÉN VALLEJO, M., PERRINO PÉREZ, A. L., *La reforma penal de 2015.* Madrid, 2015, p. 48.

(12) Con detalle sobre los distintos factores del modo de vida contemporáneo, que rodean de incertidumbre la existencia y contribuyen a la exacerbada sensación de inseguridad, que caracteriza a las sociedades hodiernas, *vid.* BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «Peligros y riesgos. La sensación de inseguridad ante el delito como metonimia». *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la Política criminal contemporánea.* Madrid, 2014, pp. 79-88.

(13) Así se ha evidenciado por distintos autores la discrepancia entre la (mayor) percepción subjetiva del riesgo y su (menor) entidad objetiva, *vid.* en ese sentido BRANDARIZ GARCÍA, J. A., *op. cit.*, p. 77; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión... cit.*, pp. 26-27.

(14) En lo que alcanza a constituirse como una «paradoja de la seguridad» en la que la consecución de mayores niveles de seguridad en numerosos aspectos de la vida social, acrecienta la demanda de mayor seguridad ante el temor a la pérdida de lo ya logrado, en ese sentido, *vid.* VARELA, L., «Apuntes sobre la *proceduralización* en el Derecho penal». *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología.* n.º 21, 2019, p. 4 y bibliografía ahí citada.

(15) SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión... cit.*, p. 30.

delito, juegan un papel esencial los medios de comunicación y su forma de dar cobertura al fenómeno de la delincuencia (16).

La globalización también ha tenido su reflejo en la criminalidad, que ha adoptado las estrategias propias de la economía global poniendo las posibilidades de la tecnología al servicio de su actividad ilícita. La delincuencia, en especial la organizada, alcanza nuevas dimensiones, con operatividad y efectos transnacionales, que exigen también un esfuerzo de ajuste de los ordenamientos jurídicos y por los poderes públicos. Y en este contexto el terrorismo en un mundo de fronteras porosas, se evidencia como una amenaza de una potencialidad lesiva amplificadas frente a sus ya conocidas manifestaciones como fenómeno político interno en determinados Estados (terrorismo nacionalista, terrorismos de extrema izquierda o de extrema derecha). Así el uso de las tecnologías de la información y la comunicación como instrumentos para la difusión del ideario, la captación de nuevos adeptos, la formación técnica para la puesta en obra de nuevos atentados y la comunicación entre los sujetos incorporados confiere a las nuevas manifestaciones de terrorismo un enorme potencial (17), de manera que pasa a ser percibido y configurado como uno de los *peligros de la sociedad del riesgo mundial* en palabras de Beck (18). Frente a la percepción de tal amenaza es común el recurso al lenguaje de connotaciones bélicas en la respuesta institucional a la emergencia de tal fenómeno (19). Así se suele hablar de *lucha o guerra contra el*

---

(16) En particular sobre el tratamiento del terrorismo en los medios *vid.* LLORCA ABAD, G., «La construcción comunicativa del terror y del terrorismo». *Comunicación y terrorismo*. Dir. Veres; Llorca. Valencia, 2016 pp. 5 y ss. VERES, L., *Los lenguajes del terrorismo. Sobre medios de comunicación y nuevos terrorismos. De ETA al ISIS*. Valencia, 2017, pp. 118 y ss.

(17) Sobre el particular *vid.* LODEIRO CORRAL, R., «El uso de las nuevas tecnologías por el terrorismo yihadista». *Cuadernos de la Guardia Civil*, n.º 54, 2017, pp. 50-73.

Con especial atención a la cara oculta de Internet o *dark net* *vid.* CUERDA ARNAU, M. L., «La radicalización terrorista de menores y jóvenes vulnerables (una aproximación de urgencia)». *Menores y redes sociales. Ciberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*. Dir. M. L. Cuerda Arnau. Valencia, 2016, pp. 468-471.

(18) BECK, U., *Sobre el terrorismo y la guerra*. Traducido por R. S. Carbó. Barcelona, 2003, p. 19.

Como señala el autor, «lo novedoso en la sociedad del riesgo mundial es que nuestras decisiones como civilización desatan unos problemas y peligros globales que contradicen radicalmente el lenguaje institucionalizado del control».

(19) Sobre lo inadecuado de abordar la respuesta al terrorismo como una guerra y no como un delito *vid.* FERRAJOLI, L., «Guerra y terrorismo internacional. Un análisis del lenguaje político». *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX. 2019, pp. 16-18.

*terrorismo* con un enfoque que, lejos de servir para precisar su alcance, no contribuye sino a empañar aún más sus contornos definitorios (20).

Junto a ello, la existencia de un vasto territorio bajo control de una organización terrorista, que permite recibir a individuos procedentes de cualquier continente y donde ser adoctrinados en la ideología y el adiestramiento necesario para la ejecución de acciones violentas en cualquier lugar confiere a este fenómeno un potencial expansivo de dimensiones hasta ahora desconocidas en cualesquiera otras manifestaciones de terrorismo estudiadas hasta la fecha (21).

El terrorismo, como instrumentalización de la violencia con finalidad política e ideológica, conlleva una evidente carga simbólica, que es bien conocida y utilizada por sus autores. En ese sentido, son paradigmáticos los atentados del 11-S con una ejecución digna de la puesta en escena de la mejor ciencia ficción, y que alcanzó a desplegar todo su potencial intimidatorio. En paralelo, la respuesta internacional se llena de referentes bélicos, dispuesta para justificar cualquier clase de intervención sin una ajustada valoración de su idoneidad y menos aún de su legitimidad. La demanda social de seguridad conecta fácilmente con el discurso de más y mayor castigo, como única respuesta posible a la gravedad percibida del peligro, con una opinión pública que a menudo concibe las garantías como una traba en la tarea de los poderes públicos (22), de la que no recela en sacrificar en aras de la pretendida seguridad y propicia a consentir no pocos excesos normativos (23).

---

(20) Bien conocido es el distinto enfoque estratégico para hacer frente a la amenaza del terrorismo global seguida en Estados Unidos y en la Unión Europea y sus Estados miembros. Así en Estados Unidos prima el enfoque como un conflicto bélico, mientras que en Europa se impone la consideración del terrorismo como un delito, siendo tales diferencias fuente de tensión entre autoridades de Estados Unidos y la Unión Europea. *vid.* ALBALADEJO, J., «La política de la UE contra el terrorismo: del Tratado de Maastricht a la Estrategia de Seguridad Interior». *Documento de Trabajo 5/2019. Real Instituto Elcano*, 25 de marzo de 2019, p. 11.

(21) Sobre las implicaciones que supone el surgimiento del Estado Islámico *vid.* REINARES, F., «Yihadismo global y amenaza terrorista: de Al-Qaeda al Estado Islámico», *ARI*, núm. 33 de 2015, pp. 1-9.

(22) De «una suerte de «exceso de garantías» [que] induzca pasividad de los órganos de persecución penal» habla CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid, 2010, p. 17. En el mismo sentido, se refiere a la permisividad de la opinión pública PÉREZ CEPEDA, A. I., *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalización*. Valencia, 2017, p. 141; VIVES ANTÓN, T. S., «Garantías constitucionales y terrorismo». *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*. Dirs. M. L. Cuerda Arnau; A. Alonso Rimo. Valencia, 2018, pp. 27, 29.

(23) En ese sentido *vid.* NÚÑEZ CASTAÑO, E., «Tendencias político criminales en materia de terrorismo tras la L. O. 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de



Para dar respuesta a las cuestiones suscitadas en la sociedad de la inseguridad, se abre paso el «Derecho penal del riesgo» (24), de clara tendencia expansiva para poder adecuarse a las particularidades de los riesgos de origen tecnológico. En cuanto demanda securitaria, el Derecho penal del riesgo viene a converger, enlazar y hasta superponerse con el punitivismo de las corrientes tradicionales de «ley y orden» frente a la delincuencia más convencional, sin que sea posible justificar técnicamente los mismos requerimientos respecto de la intervención penal frente a un tipo de riesgos y otro tipo de hechos delictivos, pero que tienden *de facto* a integrarse en la misma tendencia de política criminal (25). Por otra parte, a esa confusión también contribuye el enfoque de la consideración de la *criminalidad* como un *riesgo social*, en una especie de mistificación derivada de tratar la delincuencia como un riesgo sujeto a gestión actuarial y (26), los nuevos riesgos artificiales, como cuestión susceptible de recibir respuesta desde la tipificación penal.

Tanto la respuesta al terrorismo transnacional, como las técnicas legislativas para hacer frente a la exigencia de responsabilidad en contextos organizativos complejos, de las que la responsabilidad penal de las personas jurídicas sería una muestra cualificada (27), son sectores legales propicios al intervencionismo penal, en gran medida auspiciado también por las directrices emitidas en distintos contextos institucionales, con especial mención a la política común del espacio de seguridad de la Unión Europea.

Y en esa sucesión de reformas legales para dar cumplimiento a las directrices de la Unión Europea, la última modificación acaecida en

---

la normativa europea e internacional». *Revista Penal*, n.º 37, 2016, p. 10, texto del fichero generado por la BD Biblioteca Virtual Tirant.

(24) Sobre las características del derecho penal de la sociedad del riesgo y distintos posicionamientos ante él, *vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires, 2007, pp. 134 y ss.

(25) Sobre la confusión interesada entre el derecho penal del riesgo y el de la seguridad ciudadana en una suerte de «fraude de etiquetas», *vid.* con extensión DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *op. cit.*, p. 148 y ss.

(26) De manera que el objetivo de la política criminal se convierte en la búsqueda de seguridad y minimización del riesgo *vid.* DEL ROSAL BLASCO, B., «La estrategia actuarial del control del riesgo en la población criminal y el Derecho penal». *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del 70.º Aniversario del Prof. Vives Antón*. Dir. J. C. Carbonell Mateu. Tomo I. Valencia, 2009, p. 478.

(27) Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas como respuesta a las necesidades que suscita la imputación de responsabilidades en la sociedad del riesgo *vid.* MEIROVICH, G., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas, sociedad del riesgo y lavado de dinero». *VI. Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia, 2019, pp. 406-409.

esta materia es la que ha tenido lugar por la L. O. 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la L. O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para trasponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional. La Directiva sobre terrorismo cuyo contenido se incorpora dentro del derecho interno es la Directiva 2017/541/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017. La mencionada directiva, además de ajustar los marcos penales de algunos delitos y disponer la pena de inhabilitación absoluta, exige en su artículo 12 apartado c) «*incluir entre los delitos terroristas la falsedad documental*, que no estaba prevista en el artículo 573 del Código Penal. Por otro lado, el *viaje con fines terroristas* tiene una regulación mucho más amplia en la Directiva 2017/541/UE que el fijado en la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que inspiró la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, al no exigir que el viaje tenga por destino un territorio controlado por terroristas. Por último, *se extiende la responsabilidad penal de las personas jurídicas a la comisión de cualquier tipo de terrorismo*, que sólo se preveía hasta ahora para los delitos de financiación del terrorismo».

La responsabilidad de las personas jurídicas, incorporada al Código penal en el año 2010, comporta la necesidad de definir y elaborar *ex novo* un sistema completo de atribución de responsabilidad, la configuración de un catálogo de consecuencias jurídicas específicas con sus reglas de aplicación y ejecución para los entes colectivos (28), así como no menos importante, definir la personación e intervención de las entidades en el proceso penal (29). En el ámbito sustantivo, ello obliga a conformar y sistematizar una base conceptual teórica suficiente para la imputación de la persona jurídica (30).

---

(28) Sobre el sistema de penas previsto para las personas jurídicas *vid.* De LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Penas para las personas jurídicas». *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*. Dir. J. L. Gómez Colomer. Valencia, 2019, pp. 67-99; ROCA AGAPITO, L., «Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Dir. M. Ontiveros Alonso, Valencia, 2013, pp. 380 y ss.

(29) No siendo ésta precisamente una cuestión menor. No fue hasta la aprobación de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, cuando tuvo lugar la regulación de la posición de la persona jurídica en el proceso penal.

Sobre el particular *vid.* BARONA VILAR, S., «La persona jurídica como responsable penal, parte pasiva en el proceso penal y parte en la mediación», en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Dir. M. Ontiveros Alonso, Valencia, 2013, pp. 53-111.

(30) Sobre la dificultad de tal tarea, la STS de 16 de marzo de 2016 en su fundamento jurídico 5.º: «En pocas materias como la que ahora nos ocupa, las soluciones

En la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de terrorismo se entrecruzan dos de los sectores de regulación más propicios para el expansionismo penal. En qué medida el contenido de esa regulación sea necesario y legítimo sin renuncia a los rasgos definitorios del Derecho penal, o por el contrario, suponga el inicio o la continuidad en el descenso de una pendiente resbaladiza hacia convertirlo en una forma de control social privatizada de consecuencias aún por conocer, dependerá en buena parte de cómo se entienda la posición de las personas jurídicas en ese tipo de hechos, y de las posibles ampliaciones futuras por parte del legislador del catálogo de delitos de los que pueden ser declaradas responsables. Por ello, la interpretación que se alcance a hacer de esta nueva regulación por los operadores jurídicos va más allá de la definición de su ámbito regulativo para convertirse en piedra de toque del devenir del Derecho penal en los próximos años.

El objetivo de este trabajo es tratar de conocer el ámbito aplicativo propio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación con los delitos de terrorismo. Para ello se impone una aproximación al concepto y ámbito típico del terrorismo, para continuar con la aplicabilidad de los criterios que hacen surgir la responsabilidad penal de las entidades respecto de ese conjunto de delitos. Como paso previo se expondrán las exigencias internacionales que han condicionado tal regulación.

## II. DIRECTRICES INTERNACIONALES

El posicionamiento de la Unión Europea actualmente en vigor en materia de terrorismo viene fijado en la *Directiva 541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de marzo de 2017*, relativa a la lucha contra el terrorismo, que deroga y viene a sustituir a la Decisión Marco del Consejo 475 JAI de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo.

---

dogmáticas son tan variadas. El debate permanece inacabable y el hecho de que algunos de los autores que han abanderado las propuestas más audaces a la hora de explicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hayan rectificado sus planteamientos iniciales, es indicativo de que a un catálogo tan abierto de problemas no se puede responder con un repertorio cerrado y excluyente de soluciones. El cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre una novedad tan radical referida a los sujetos de la imputación penal, sólo podrá considerarse plenamente asentado conforme transcurra el tiempo y la realidad práctica vaya sometiendo a nuestra consideración uno u otro problema».

La Directiva 541 de 2017 relativa a la lucha contra el terrorismo tiene la finalidad declarada de armonizar la legislación europea a la Resolución 2178 de 2014 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, sobre los combatientes extranjeros. Y en materia penal establece la obligación de tipificar como delitos los siguientes hechos: los atentados terroristas (artículo 3), delitos relacionados con la integración en grupos terroristas (artículo 4), la provocación pública a cometer actos terroristas (artículo 5), la captación y el adiestramiento (artículos 6 y 7), la recepción de adiestramiento terrorista (artículo 8), los viajes al extranjero o a Estados miembros de la Unión para participar en actividades terroristas (artículo 9), organización o favorecimiento de viajes con finalidades terroristas (artículo 10), la financiación de esos delitos de terrorismo (artículo 11), la comisión de delitos patrimoniales para obtener fondos con los que financiar acciones terroristas o falsedades documentales instrumentales a un hecho terrorista (artículo 12).

A diferencia de las directrices elaboradas por Naciones Unidas, es en el ámbito europeo donde se hace referencia explícita a la exigencia de responsabilidad a las personas jurídicas por delitos de terrorismo (31). En su artículo 17, la Directiva 541 se refiere a la responsabilidad de las personas jurídicas en los siguientes términos:

«1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de cualquiera de los delitos enumerados en los artículos 3 a 12 y 14, cuando dichos delitos sean cometidos *en favor de* aquellas por cualquier persona que actúe de forma individual o como parte de un órgano de la persona jurídica y que tenga un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, basado en:

- a) poder de representación de la persona jurídica;
- b) la autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica;
- c) la autoridad para ejercer el control de dicha persona jurídica.

2. Asimismo, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables cuando *la falta de control por parte de alguna de las personas a que se refiere el apartado 1 del presente artículo*

---

(31) La primera mención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas la encontramos en la *Decisión Marco 475 de 2002*, sobre la lucha contra el terrorismo. En su artículo 7 disponía que todos los Estados adoptasen las medidas necesarias para que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de los delitos de terrorismo enunciados en los artículos 1 a 4, ampliados a los de provocación de delitos de terrorismo, captación y adiestramiento de terroristas por la *Decisión Marco 919 de 2008*.

*haya posibilitado la comisión, en favor de la persona jurídica, de cualquiera de los delitos enumerados en los artículos 3 a 12 y 14 por parte de una persona sometida a su autoridad.*

3. La responsabilidad de las personas jurídicas en virtud de los apartados 1 y 2 del presente artículo se entenderá sin perjuicio de la incoación de acciones penales contra las personas físicas que sean autoras, inductoras o cómplices de cualquiera de los delitos enumerados en los artículos 3 a 12 y 14».

Exigiendo que las sanciones a imponer sean «eficaces, proporcionadas y disuasorias, entre las que se incluirán las multas de carácter penal o no penal», y como señala el artículo 18 junto a otras posibles sanciones de: inhabilitación para obtener subvenciones o ayudas públicas, prohibición temporal o definitiva del ejercicio de actividades comerciales, intervención judicial, disolución judicial de la persona jurídica y cierre, temporal o definitivo, de los establecimientos.

El Consejo de Europa también ha puesto en obra una importante actividad en materia de terrorismo. En particular, para atender las peculiaridades de las nuevas formas de terrorismo yihadista, el *Convenio núm. 196 para la prevención del terrorismo de 16 de mayo de 2005 firmado en Varsovia*, con una marcada tendencia preventiva, alcanza a definir determinadas obligaciones de tipificación penal de la provocación pública a cometer delitos terroristas (artículo 5), reclutamiento de personas para terrorismo (artículo 6) y adiestramiento con fines terroristas del (artículo 7).

El Convenio de Varsovia también establece la exigencia de responsabilidad a las personas jurídicas, que participen en los delitos incorporados al texto del convenio. En la misma línea que la Directiva 541, dicha responsabilidad puede ser penal, civil o administrativa, e igualmente, se entiende que sin perjuicio de la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido los delitos. Por su parte el Protocolo adicional al convenio, firmado en Riga el 22 de octubre de 2015, extiende el objeto de los delitos de terrorismo a los hechos de participación en asociaciones terroristas, adiestramiento y viajes al extranjero con fines terroristas y la financiación, organización o cualquier otra forma de facilitación de los viajes al extranjero con fines terroristas.

La obligación de los Estados de establecer la posibilidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas por hechos dirigidos a *financiar el terrorismo* está incluida en la Directiva 541 de 2017, pues tal exigencia va referida a los delitos especificados en su artículo 11. Sin embargo, la Unión Europea ya establecía directrices para actuar impidiendo la financiación del terrorismo también en otros textos que

tienen por objeto el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Así la Directiva 60 de 2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre, ya establecía la obligación de asegurar que «a las personas físicas y *jurídicas* sujetas a lo dispuesto en la presente directiva pueda imputárseles responsabilidad cuando infrinjan las disposiciones de derecho nacional adoptadas de conformidad con la presente Directiva», lo que no implica que necesariamente esa responsabilidad hubiera de ser penal, si bien no la excluye, pues en el número 2 de ese artículo 39 se refiere al 2 «derecho a imponer sanciones penales» (32).

El Convenio de Varsovia relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y la financiación del terrorismo de 2005, establece en su artículo 10 la necesidad de regular la exigencia de responsabilidad de las personas jurídicas por «delitos de blanqueo de dinero tipificados de conformidad con el presente Convenio», si bien pese a la dicción literal del texto que se refiere al blanqueo, sin embargo, también resulta aplicable a la financiación del terrorismo en virtud del artículo 2.1, que señala que: «cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que resulten necesarias para poder aplicar las disposiciones contenidas en los Capítulos III, IV y V del presente Convenio a la financiación del terrorismo», disposiciones del capítulo III entre las que se cuenta la exigencia de responsabilidad a las personas jurídicas. El artículo 10 del Convenio establece los siguientes términos para dicha regulación:

«1. Cada Parte deberá adoptar las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser responsables por los delitos de blanqueo de dinero tipificados de conformidad con el presente Convenio, que hayan sido cometidos por cuenta de las mismas por cualquier persona física que actúe individualmente o en calidad de miembro de un órgano de la persona jurídica, y que ejerza un poder de dirección dentro la misma basado en:

- a) un poder de representación de la persona jurídica; o
- b) la facultad de tomar decisiones en nombre de la persona jurídica; o
- c) la facultad de ejercer control dentro de la persona jurídica,

así como por la implicación de dicha persona jurídica en calidad de cómplice o instigador de los delitos mencionados más arriba.

---

(32) También el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, Nueva York 1999, dispone la exigencia de responsabilidad a las personas jurídicas por financiación del terrorismo en su artículo 5, responsabilidad que puede ser civil, penal o administrativa.

2. Además de los casos ya previstos en el apartado 1, cada Parte adoptará las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser responsable cuando la falta de supervisión o control por parte de una persona física mencionada en el apartado 1 haya hecho posible la comisión de los delitos mencionados en el apartado 1, por cuenta de dicha persona jurídica, por una persona física sometida a su autoridad.

3. La responsabilidad de una persona jurídica en virtud del presente artículo no excluye los procedimientos penales contra las personas físicas que perpetren, instiguen o actúen como cómplices de los delitos mencionados en el apartado 1.

4. Cada Parte garantizará que las personas jurídicas responsables en virtud del presente artículo sean objeto de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, de carácter penal o no, incluidas las pecuniarias».

Como es sabido, desde 2010 el ordenamiento jurídico español cuenta con una regulación penal de la responsabilidad de las personas jurídicas para atender, según su Preámbulo, a «numerosos instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas». En ese sentido son variadas las directrices de la Unión Europea que exigen una regulación en ese sentido. Sin embargo, tales indicaciones no implican literalmente que la regulación sea concretamente de naturaleza penal, pues las directrices mencionadas de modo usual, y en el mismo sentido que las indicaciones expuestas de la Unión Europea y el Consejo de Europa respecto del terrorismo, se limitan a exigir que la comisión de delitos en el contexto de actividad económica empresarial *tenga una respuesta sancionatoria adecuada para la propia persona jurídica*, sin requerir expresamente la naturaleza penal de la responsabilidad exigida a la propia persona jurídica (33), lo que determina una variedad de enfoques al respecto en los distintos Estados miembros (34).

---

(33) Véase con detalle, entre otros, JIMÉNEZ GARCÍA, F., *La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción. Interacciones evolutivas en un Derecho Internacional global*. Granada, 2015, pp. 252-253; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español». *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*. núm. 65, (2012), p. 14.

(34) Sobre las distintas regulaciones posibles de la responsabilidad de las personas jurídicas seguidas en distintos ordenamientos, *vid.* SANZ MULAS, N., «Criminalidad transnacional y responsabilidad penal de las personas jurídicas. La necesaria armonización en el marco de la Unión Europea». *Política criminal ante el reto de la delincuencia transnacional*. Dir. A. I. Pérez Cepeda. Valencia, 2016, pp. 328 y ss.

### III. TERRORISMO: REDEFINICIÓN EXPANSIVA DEL CONCEPTO

El terrorismo es objeto de amplia regulación dentro del Código penal que, en el momento de su aprobación en el año 1995, abordó de manera novedosa y con notable afán de exhaustividad los aspectos de esa clase de delincuencia. Se evita así enfocar su tratamiento en leyes especiales (35). Y si bien el legislador diseñó un marco normativo sobre la imagen del terrorismo interno, que ha protagonizado la reciente historia de nuestro país, sin embargo, el conjunto resultante tenía la amplitud, precisión y detalle propios de una regulación apta para poder dar respuesta a distintas modalidades de terrorismo sin necesidad de grandes ajustes.

La panorámica más actual de este conjunto normativo queda fijada por las reformas acaecidas en 2010 y 2015 (36). La primera de ellas, la de la L. O. 5/2010, se centra en la configuración de las organizaciones y grupos terroristas, ubicados en la sección primera del capítulo VII, artículos 571 y 572, del título de delitos contra el orden público, sobre la base de su consideración como una modalidad específica de asociación criminal, diferenciada por su finalidad y objeto de cometer delitos de terrorismo (37). También incorpora la captación, adoctrinamiento y adiestramiento idóneos para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, inicialmente en el artículo 576.3, luego, trasladado al 577.2 CP, y la financiación del terrorismo entonces en el 576 bis y ahora en el 576.

---

(35) Un repaso a los antecedentes históricos de la regulación del terrorismo anterior a 1995 en COLOMER BEA, D., «La incriminación del terrorismo individual en la reforma penal de 2015 ¿violencia política organizada?». *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*. Dirs. M. L. Cuerda Arnau; A. Alonso Rimo. Valencia, 2018, pp. 137-139.

(36) Sobre las reformas circunstanciales acaecidas por L. O. 7/2000, de 22 de diciembre, para acometer el tratamiento del llamado «terrorismo urbano» y la reforma por L. O. 20/2003, de 23 de diciembre de escasa vigencia, *vid.* OLMEDO CARDENETE, M., *Sistema de Derecho penal. Parte Especial*. 2.ª ed. revisada y puesta al día con las L. O. 1/2015 y 2/2015. Dir. L. Morillas Cueva. Madrid, 2016, p. 1416.

(37) Sobre las modificaciones que atañen a los delitos relacionados con la organización terrorista *vid.* CANCIO MELIÁ, M., «Delitos de terrorismo». *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Dir. F. J. Álvarez García. Valencia, 2010, pp. 524-527; CAPITA REMEZAL, M., «Una nueva reforma de la legislación antiterrorista (en el trigésimo aniversario de la publicación del libro «Tratamiento jurídico del terrorismo» de la profesora Lamarca)». *La Ley Penal*, n.º 120, 2016, pp. 2-3; GARCÍA ALBERO, R., «La reforma de los delitos de terrorismo». *La Reforma Penal de 2010: análisis y comentarios*. Dir. G. Quintero Olivares, Navarra, 2010, pp. 369-374.



Mientras que la L. O. 2/2015, como declara en su Preámbulo, viene a dar cumplimiento a las directrices de tipificación de determinados hechos relacionados con el traslado de personas a territorios ocupados por organizaciones terroristas internacionales para unirse, colaborar con ellas o formarse para poder cometer atentados, los denominados como «combatientes extranjeros», y de ese modo, ajustar la regulación a la caracterización del terrorismo yihadista, pues como se afirma en su Preámbulo: «las nuevas amenazas exigen la actualización de la normativa para dar cabida al fenómeno del terrorismo individual y a las conductas que constituyen la principal preocupación de la comunidad internacional, en línea con la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas» (38).

Lo más significativo de esta reforma es la tipificación del terrorismo que tiene lugar en el artículo 573. La nueva redacción registra importantes modificaciones, que afectan a sus elementos definitorios y, con ello, su contenido se aparta significativamente del concepto normativo de terrorismo existente hasta la fecha.

Hasta la reforma, el entendimiento comúnmente aceptado del terrorismo, venía siendo la instrumentalización del uso indiscriminado de la violencia de manera planificada por una organización para provocar intimidación masiva y con ello desafiar al Estado, en la que el elemento organizativo cumple el papel esencial de convertir la violencia en una estrategia dirigida políticamente y la dota de idoneidad para ese fin (39).

---

(38) En referencia a la incriminación del terrorismo individual, que puede deducirse o estar implícita en las obligaciones de tipificar como delitos graves el viaje a un Estado distinto con el propósito de cometer, planificar, preparar o participar en actos terroristas, recibir adiestramiento, el reclutamiento o cualquier otro tipo de colaboración con tales finalidades, exigida por la Resolución 2174 (2014), del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, hay que señalar que el Código Penal español no adolecía de falta de un tipo penal dedicado al terrorismo individual, pues desde la aprobación del Código en vigor en 1995, se incluía en su artículo 577, la previsión de la comisión de delitos de los que dan lugar a la calificación como terrorismo, sin pertenecer a banda armada o grupo terrorista, siempre que tales hechos vayan acompañados de la finalidad de «subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública».

Tal previsión legal encuentra razonable explicación en una legislación antiterrorista como la española, con pretensiones de exhaustividad para abarcar todas sus posibles manifestaciones, en un país que ha soportado durante largos años el azote del terrorismo nacionalista propio de la banda ETA.

Sobre el devenir histórico de ese delito *vid.*, FERNÁNDEZ REQUENA, J., *El delito de terrorismo urbano de baja intensidad. Análisis jurídico del artículo 577*. Valencia, 2009, pp. 39-45.

(39) *Vid.* BORJA JIMÉNEZ, E., «Justicia penal preventiva y derecho penal de la globalización: proyecciones en el ámbito del terrorismo». *Estudios jurídico penales y*

La construcción legal del delito de terrorismo, antes de la reforma de 2015, tenía lugar sobre la base de tres elementos: un *elemento material* consistente en la comisión de determinados delitos comunes de considerable gravedad e idóneos para producir intimidación generalizada: asesinatos, lesiones, estragos, secuestros, un *elemento teleológico*, la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública y el *elemento organizativo*, que fuesen cometidos por personas integradas o al servicio o que colaborasen con bandas armadas. Así la STS de 29 de noviembre de 1997 entendió por terrorismo: la «actividad planificada que, individualmente o con la cobertura de una organización, con reiteración o aisladamente, y a través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a crear una situación grave de inseguridad, temor social o alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido» (40). En la regulación original del CP, como modalidad de hecho individual, en el artículo 577 se castigaba a quienes «sin pertenecer a organización o grupo terrorista» y con las finalidades propias del terrorismo, cometían los hechos que de ser realizados por una banda terrorista tenían la consideración de terrorismo, que permitía castigar a quienes por simpatizar o compartir la ideología de grupos o bandas llevaban a cabo los delitos que forman el elemento material del terrorismo, sin formar parte de ellas –si bien el catálogo de delitos comunes que le sirve de base es ligeramente distinto–. Con el tratamiento punitivo de imponerse la pena del delito común en su mitad superior (41).

---

*criminológicos en homenaje al Prof. Dr. H. C. M. Lorenzo Morillas Cueva*. Dir. J. Barquín. Vol I. Madrid, 2018, pp. 824-826; CANCIO MELIÁ, M., «El concepto jurídico penal de terrorismo entre la negación y la resignación». *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*. Dirs. M. L. Cuerda Arnau; A. Alonso Rimo. Valencia, 2018, pp. 111-118, y en la misma línea, COLOMER BEA, D., *op. cit.*, pp. 140-141; PÉREZ CEPEDA, A. I., *op. cit.*, p. 298.

(40) Los delitos que servían de base material al delito de terrorismo eran: los de estragos o incendios (art. 572.1 CP), la muerte de una persona, lesiones de los artículos 149 o 150 del CP (572.2 1.º y 2.º), detenciones ilegales, secuestros, amenazas, coacciones, o los atentados fueran dirigidos contra Miembros de las Fuerzas Armadas o miembros de Cuerpos de policía (572.3), depósito de armas o explosivos (573), y por último, el muy cuestionado tipo de recogida del artículo 574, que permitía castigar como delito de terrorismo cualquier otra infracción cometida por banda terrorista siempre que en su realización concudiesen las finalidades típicas de subvertir el orden constitucional o atentar contra la paz pública.

(41) Delito que incorporó a su redacción la finalidad típica adicional de contribuir a los fines mencionados «atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional», por la L. O. 7/2000, de 22 de diciembre, en la reforma que tenía por objeto atender al llamado terrorismo de baja intensidad.

Como se ha señalado la reforma de 2015 procede a reformular el concepto legal de terrorismo. En primer lugar, el artículo 573 prescinde del elemento organizativo, pues en la formulación del sujeto activo ya no se refiere a «los que perteneciendo o actuando con organizaciones o grupos terrorista», lo que supone la inmediata equiparación del terrorismo individual y el cometido por bandas, y lleva a someter a quienes actúan individualmente por adhesión o imbuidos de la ideología terrorista a la misma respuesta penal hiperagravada de la delincuencia terrorista organizada, pero sin contar la misma aptitud para desafiar las instituciones del Estado, que sólo viene dada por los recursos, estabilidad, continuidad y estrategia propias de una organización (42).

También registra una notable extensión la redacción del elemento subjetivo que pasa a integrar las finalidades de «suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o abstenerse de hacerlo», «provocar un estado de terror en la población o una parte de ella», que vienen a unirse a los ya largamente consolidados de «subvertir el orden constitucional» y «alterar gravemente la paz pública». Ampliación de las finalidades típicas, que lejos de precisar la intencionalidad política del hecho vienen más a confundir o a mistificar, cuando no a superponerse, tal y como sucede con el fin de aterrorizar a la población y el de alterar gravemente la paz pública. Al tratarse de finalidades que se formulan de manera alternativa, cabe considerar la concurrencia de terrorismo sobre cualquiera de ellas, sin que alguna de las mencionadas, como la «de desestabilizar el funcionamiento de las estructuras económicas del Estado o la de obligar a los poderes públicos a realizar un acto o abstenerse de hacerlo» sean portadoras de la significación política que se le supone al terrorismo, al tiempo que abren la posibilidad de calificar como terroristas muestras de protesta o descontento ciudadano, que encontrarían mejor acomodo en otros tipos penales de distinta gravedad, (43) cuando no se trate de actos irrelevantes por formar parte de la normalidad en el pluralismo

---

(42) Vid. con detalle, CAMPO MORENO, J. C., *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: la L. O. 2/2015*. Valencia, 2015, pp. 35-36; COLOMER BEA, D., *op. cit.*, p. 136; quien señala que: «no cabe duda de que un sujeto que actúa por su propia cuenta, no puede, en ningún caso afectar de modo relevante al orden democrático», p. 150.

(43) Sobre la reformulación del elemento teleológico *vid.* CUERDA ARNAU, M. L., *Derecho Penal. Parte Especial*. Dir. J. L. González Cussac. 6.ª Ed. Valencia, 2019, p. 808; FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., «La reforma penal en materia de terrorismo: el ocaso de los principios limitadores del *Ius Puniendi*». *Protección jurídica del orden*

de la sociedad democrática. En cambio, sí que puede considerarse acertada la incorporación del objetivo de «desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional» en tanto que las organizaciones internacionales se erigen como importantes actores en la política y pueden resultar un blanco estratégico para el ataque del terrorismo internacional.

E igualmente modifica el conjunto de delitos que, de ser cometidos con tales finalidades, conforman la base material de los hechos terroristas, y que pasan a ser: los delitos graves contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, los delitos sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico (estragos art. 346), incendio (art. 351), contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos, apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías. También los delitos informáticos del 197 bis y 197 ter y los daños informáticos de los artículos 264 a 264 quater, el secuestro y detención ilegal, los estragos e incendios de los arts. 346 y 351 (573 bis 1.2.<sup>a</sup>), el aborto y lesiones al feto (art. 573.bis 1.3.<sup>a</sup>), las amenazas y coacciones (art. 573.bis 1.4.<sup>a</sup>), el depósito de armas, municiones, explosivos, sustancias inflamables (art. 574.1), y el desarrollo de armas químicas o biológicas, o el uso de material nuclear o productor de radiaciones ionizantes para las finalidades del terrorismo (art. 574.3).

De acuerdo con ello, el concepto normativo de terrorismo deja de gravitar sobre el elemento organizativo (44), para construirse a partir de las finalidades que han de guiar la ejecución del hecho, si bien no se prescinde totalmente de la referencia al grupo terrorista, pues en el artículo 573 bis 4 también tienen la consideración de terrorismo los desórdenes públicos del 557 bis, la rebelión o la sedición «cuando se cometan por una organización o grupo terrorista o individualmente pero amparados en ellos», sin exigir en este caso las finalidades características de la delincuencia terrorista.

Y junto a esos tipos que constituyen el núcleo de la actividad terrorista completan el panorama otros tipos periféricos, -más allá de la asociación y pertenencia a banda armada del 571 y 572- y que contribuyen a afianzar y dar cobertura a la actividad terrorista en sentido estricto, conformados en el derecho en vigor por: la delincuencia patrimonial para allegar fondos (art. 576.3), la colaboración con orga-

---

*público, la paz pública y la seguridad ciudadana*. Dir. M. L. Cuerda Arnau, Valencia, 2016, p. 132.

(44) En sentido muy crítico con la desaparición del elemento organizativo de la definición legal de terrorismo *vid.* PÉREZ CEPEDA, A. I., *op. cit.*, pp. 304, 323.

nizaciones (art. 577.1), la financiación del terrorismo (art. 576.1, 2 y 4). Y un último subgrupo, relacionado con la extensión de la ideología terrorista y ampliación de su base de adeptos: captación, adoctrinamiento y adiestramiento (art. 577.2), adoctrinamiento pasivo (575.1), autoadoctrinamiento (575.2), trasladarse a territorio extranjero (575.3), la apología del terrorismo (art. 578) y provocación del terrorismo (579.1). Tipicidades que, en buena medida constituyen la incriminación autónoma de actos preparatorios, aún muy alejados de la lesividad exigible para ser merecedores de tan severa respuesta penal y contraproducentes desde una perspectiva político criminal (45). Se trata de tipos penales que se inscriben dentro de la tendencia de *justicia penal preventiva*, que trata de justificar la intervención penal en momentos anticipados, incluso muy alejados de la peligrosidad o lesión, con abandono de los principios básicos limitadores del *Ius Puniendi*, como los de ofensividad, proporcionalidad e intervención mínima (46). Se diseña una política criminal sobre el irracional miedo al delito, que no dispone recursos para reducir la criminalidad en términos objetivos, y que a la postre sólo alcanza a generar más inseguridad (47).

Los delitos mencionados de adiestramiento pasivo del 575.1, autoadoctrinamiento del 575.2 suponen estadios aún muy lejanos de la exteriorización de peligrosidad, y sólo una interpretación restrictiva exigiendo al menos un peligro abstracto de que el sujeto se incorpore a una organización terrorista o colabore con ella puede justificar su existencia (48). En la misma línea, la tipificación del apoderamiento

---

(45) En esa línea ALONSO RIMO, A., «La criminalización de la preparación delictiva a través de la Parte Especial del Código Penal. Especial referencia a los delitos de terrorismo». *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*. Dirs. M. L. Cuerda Arnaú; A. Alonso Rimo. Valencia, 2018, pp. 231-233, p. 243 y ss

(46) En ese sentido BORJA JIMÉNEZ, E., *op. cit.*, pp. 808-809.

(47) Una reflexión sobre la política criminal diseñada para dar respuesta a una sensación de inseguridad subjetiva imposible de satisfacer, en BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito». *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*. Dir. P. Faraldo. Cabana. Valencia, 2007, p. 155.

(48) CUERDA ARNAU, M. L., *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 812.

A la necesidad de que «adoctrinar» vaya más allá del hecho de «inculcar a alguien determinadas ideas o creencias, necesitando la existencia de una finalidad concreta; la de cometer un acto terrorista», se refiere GUIRAO CID, M. C., «El delito de autoadoctrinamiento: ¿adelantamiento de la intervención penal a la mera ideación subjetiva? Análisis de sentencias». *In Dret*, n.º 2, 2019, p. 20.

En sentido contrario, de entender que: «esta interpretación es en exceso restrictiva, lo que determina una quasi-inaplicabilidad de facto del precepto legal. El requisito de que la conducta lleve aparejada la decisión de cometer un concreto delito, excede los términos del artículo 575 CP, que en momento alguno lo exige». BAYARRI

de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías 573.1 –se entiende sin perjuicio de los posibles delitos patrimoniales–, la tipificación de específicos actos preparatorios como la tenencia de documentos idóneos para el autoadoctrinamiento e incitar a la incorporación a una organización terrorista del 575.2, o el 575.3 traslado o establecimiento en territorio extranjero, que sólo adquieren relevancia como hechos terroristas únicamente por la realización con las finalidades propias del terrorismo. Se trata de supuestos de delitos contruidos sobre hechos, sin una lesividad ínsita en ellos (49), cuya consideración como terrorismo sólo tiene lugar sobre la base del elemento teleológico (50), y que en no pocas ocasiones, entra de lleno en el terreno del ejercicio de derechos fundamentales como los de reunión, circulación, la libertad ideológica y de expresión (51).

Finalmente, hay que señalar que el artículo 573.3 establece que: «tendrán la consideración de terrorismo el resto de delitos tipificados en este capítulo», cláusula que tiene como efecto el de, bajo su conceptualización como terrorismo, extender a todos los delitos del capítulo la posibilidad de hacer uso respecto de ellos de las excepciones autorizadas por el artículo 55.2 de la Constitución, si bien no todos ellos tienen la entidad necesaria, ni implican las condiciones que alcancen a justificar las especialidades del régimen de limitación de garantías en la investigación.

---

GARCÍA, C. E., «Los nuevos delitos de terrorismo. Adoctrinamiento activo y pasivo vs. enaltecimiento y provocación a la comisión de actos terroristas». *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*. Dirs. M. L. Cuerda Arnau; A. Alonso Rimo. Valencia, 2018, p. 298.

(49) En ese sentido, GALÁN MUÑOZ, A., «Nuevas formas de terrorismo, nuevos instrumentos penales: la represión penal de la captación y adiestramiento terrorista tras la reforma del Código Penal de la L. O. 2/2015». *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 25, 2016, p. 82.

(50) Se muestra contraria a esta forma de legislar Asúa Batarrita cuando afirma que: «Una interpretación de las finalidades que no genere inseguridad jurídica, y que se mantenga en el campo del derecho penal del hecho, debe subrayar esa conexión de intermediación con las características de la ejecución de los elementos objetivos del hecho». ASÚA BATARRITA, A., «El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas» y conductas periféricas». *Derecho penal del enemigo*. El discurso penal de la exclusión. Coord. M. Cancio. Madrid, 2006, p. 38.

(51) En ese sentido, SERRA CRISTÓBAL, R., GÓRRIZ ROYO, E., «Contraterro-rismo: plasmación legislativa reciente e impacto en las libertades y derechos fundamentales». *Cuadernos de Estrategia*, n.º 188, 2017, p. 43. ALONSO RIMO, A., «La criminalización de la preparación delictiva...», *op. cit.*, p. 252.

Sobre la regulación italiana, en la misma línea SANTINI, S., «L'Unione Europea compie un nuovo passo nel camino della lotta al terrorismo: una prima lettura della Direttiva 2017/541». *Diritto Penale Contemporaneo*, n.º 7-8, 2017, p. 41.

El conjunto normativo y el concepto mismo de terrorismo han sido moldeados por la influencia de las directrices internacionales, particularmente en el seno de la Unión Europea, de manera que puede decirse que la regulación en vigor viene a cumplir en gran medida –e incluso superar– las exigencias de la Directiva 541/2017, de 13 de marzo (52). En particular, hay que hacer mención de la reciente modificación del tipo del 575.3 –introducida también en la L. O. 1/2019–, que se refiere «quien para el fin de capacitarse para llevar a cabo delitos 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», lo que supone ampliar los desplazamientos de personas con fines terroristas ya no sólo a los que tienen lugar hacia los territorios ocupados por grupos terroristas, sino también el viaje de regreso de los llamados combatientes extranjeros a sus estados de origen, o de manera más amplia, cualquier viaje de una persona a otro Estado con fines terroristas, para atender la amplitud con la que se formula esa obligación de tipificar penalmente esa clase de hechos en el artículo 9 de la Directiva 541/2017 (53). También por esta ley tiene lugar la inclusión de la falsedad documental entre los hechos que sirven de base al delito terrorista del 573, cuando concurren sus finalidades (54).

En la reforma del año 2010 tuvo lugar la regulación del delito de financiación del terrorismo en el entonces artículo 576 bis, con la finalidad de posibilitar la intervención penal en actividades de captación de los fondos o recursos para el terrorismo, sin necesidad de que llegasen finalmente a sufragar de alguna manera el activismo terrorista, y que adelantaba la intervención penal frente a la modalidad ya existente de colaboración económica con grupo terrorista (55). Y respecto de esos delitos se reguló expresamente la posibilidad de exigir respon-

---

(52) Cabe señalar que el listado de delitos terroristas del Código penal incluye los descritos en los artículos 3 a 12 de la Directiva.

En sentido crítico de la extensión con la que el legislador español lleva a cabo la tipificación de los ilícitos exigidos por la Directiva, *vid.* PÉREZ CEPEDA, A. I., *op. cit.*, pp. 298-304 y 383-387.

(53) Sobre la necesidad de eliminar la referencia al traslado a zonas o territorios controlados por un grupo u organización terrorista *vid.* GARCÍA ALBERO, R., «La nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas en el delito de malversación y otras reformas –aparentemente– menores». *Las reformas penales de 2019*. Navarra, 2019, p. 129.

(54) Con detalle sobre las implicaciones de la inclusión de las falsedades entre los hechos que pueden servir para construir un delito de terrorismo *vid.* GARCÍA ALBERO, R., «La nueva responsabilidad penal...», *op. cit.*, p. 129.

(55) En ese sentido, GARCÍA ALBERO, R., «La reforma...», *op. cit.*, p. 376.

sabilidad a una persona jurídica, el apartado 3 del entonces artículo 576 bis.

Finalmente, es en la reforma operada por la L. O. 1/2019, cuando el legislador decide extender la posibilidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas a todos los delitos de terrorismo, apelando a la necesidad de trasponer el contenido de la Directiva 2017/541. Ello tiene lugar en el texto del artículo 580 bis CP (56).

Para concluir, hay que señalar que, a excepción de los delitos de financiación por imprudencia del terrorismo del artículo 576.4 y colaboración por imprudencia con asociación o grupo terrorista del artículo 577.3, todos los tipos de terrorismo son dolosos.

#### IV. IMPUTACIÓN DE DELITOS DE TERRORISMO A PERSONAS JURÍDICAS

La posibilidad de hacer responsable a la persona jurídica de los delitos cometidos en su contexto de organización exige, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 bis a) y b) CP, que el delito se haya cometido *en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su beneficio directo o indirecto*, caso de que el autor material sea uno de los gestores de la entidad o en el *ejercicio de actividades sociales por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la entidad*, si el delito es cometido por un empleado bajo la supervisión o el control de los directivos.

El primer requisito de que se actúe por cuenta y/o en el ejercicio de actividades sociales exige en cualquier caso que se trate de *actuaciones que obliguen a la entidad en sus relaciones con terceros respecto de su objeto social*, o como lo denomina Gómez Tomillo, «que

---

(56) Artículo 580 bis del Código Penal:

«Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

a) multa de dos a cinco años, o del doble al cuádruple del perjuicio causado cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de dos años de privación de libertad.

b) multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del perjuicio causado si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33».



el hecho aparezca externamente como un hecho de empresa» (57), o como «actuaciones realizadas por el representante que obligan a la persona jurídica, haciéndole soportar sus consecuencias en el marco de sus funciones» (58) lo que excluye, en cualquier caso, las actuaciones que a título particular puedan realizar el personal directivo y los empleados de la entidad (59). Mientras que la exigencia de que se haya actuado en *beneficio directo o indirecto de la persona jurídica*, se entiende en términos objetivos en el sentido de *idoneidad del hecho cometido para reportar alguna ventaja de tipo económico, competitivo, estratégico o reputacional* para la entidad, con independencia de que alcance o no a materializarse tal ventaja (60).

Concebida la necesidad político criminal de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas para impedir que la comisión de delitos en el contexto de la actividad económica suponga una ventaja competitiva por el incumplimiento legal, parece que los delitos propiamente idóneos para reportar tal provecho son los *ilícitos de empresa acaecidos en su proceso de producción, distribución y comercialización de bienes o servicios*. Y junto a ello la idea de responsabilidad por las consecuencias de la gestión de riesgos derivados del uso de las tecnologías en su ámbito de autoorganización (61). E idealmente parece muy difícil conciliar esas ideas de ventaja competitiva en la economía o responsabilidad por la gestión de riesgos inherentes a su actividad con la instrumentalización de la violencia para la finalidad política característica del terrorismo. Sin embargo, la reformulación legal del concepto de terrorismo de las últimas leyes, en la que el componente organizativo se vuelve contingente, se amplía la definición de las fina-

---

(57) GÓMEZ TOMILLO, M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: comentario a la STS 154/2016, de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín». *La Ley*. n.º 8747, de 22 de abril de 2016. Consultado en BD Doctrina La Ley, p. 3.

(58) FERNÁNDEZ TERUELO, J., «Algunos apuntes sobre la discusión doctrinal y jurisprudencial relativa a la naturaleza del modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas». *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*. Coord. J. M. Silva Sánchez y otros. Buenos Aires, 2017, p. 984.

(59) En ese sentido, PALMA HERRERA, J. M., «Responsabilidad penal de las entidades deportivas por delitos relacionados con el discurso del odio». *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, n.º 12, 2018, pp. 41-42.

(60) En ese sentido PALMA HERRERA, J. M., *op. cit.*, p. 43.

También las Circulares de la FGE 2011 y 2016.

(61) Forma de operar propia del Derecho Civil o el Derecho administrativo difícil de trasladar al ámbito del Derecho penal, en ese sentido *vid.* ROBLES PLANAS, R., «El «hecho propio» de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008». *In Dret*, 2, 2009, p. 8.

lidades terroristas posibles a algunas con una menor carga política y se diversifica el catálogo de hechos delictivos de base, esa incompatibilidad se hace menos evidente, de modo que, como se ha señalado «el abanico de supuestos que en teoría podrían dar lugar a tal responsabilidad es inagotable, y afectar además a empresas de la más variada tipología (transporte, alojamiento, medios de comunicación y un largo etcétera)» (62).

A ello se añade que la tipificación de delitos en no pocos casos tiene lugar sobre la base de hechos de carácter neutro y carentes de lesividad *per se*, que sólo alcanzan a tener consideración de delito si se realizan con las finalidades del terrorismo. Finalidades que pueden ser perfectamente concurrentes en el hecho típico con la realización de una actividad por parte de directivos de la entidad y en su nombre o por empleados en el ejercicio de la actividad corporativa. Así cabe imaginar un directivo que realice un viaje al extranjero por cuenta de la empresa para trabajar por y para la persona jurídica y tenga, además, la finalidad de capacitarse para cometer atentados, de integrarse en un comando o de colaborar con grupos terroristas durante su estancia en otro país, sin que el tipo penal ni siquiera exija que el sujeto llegue a exteriorizar actos con un mínimo de peligrosidad (art. 575.3) (63). También el directivo o el empleado que en unas jornadas de formación al personal de la empresa entre los contenidos formativos incluye mensajes de enaltecimiento del terrorismo o de menosprecio a las víctimas (art. 578). O el empleado de una industria química que utilice las instalaciones y recursos de la empresa para desarrollar armas con «las finalidades expresadas en el apartado 1 del artículo 573» (art. 574.3).

Con el objetivo de concretar de la manera más precisa cuales son los riesgos de la actividad de los que la empresa puede resultar responsable Lascuraín Sánchez elabora toda una teoría, partiendo de considerar que tales riesgos son aquellos «imbricados en la actividad de la empresa, los *delitos que pueden entenderse como expresión de la empresa como fuente de peligro en sí misma*» (64). Entre esos riesgos

---

(62) GARCÍA ALBERO, R., «La nueva responsabilidad penal...», *op. cit.*, p. 130.

(63) Artículo 575.3 del CP: «La misma pena se impondrá a quien, para este mismo fin *scil* [la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo], 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».

(64) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Salvar al oficial Ryan: (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)». *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*. Coord. J. A. Hortal Ibarra. Madrid, 2014, p. 315.

estarían los riesgos para terceros basados en el *mantenimiento de fuentes de riesgo en su ámbito de dominio*, así como la aplicación del *principio de injerencia en el contenido del ejercicio de su actividad empresarial*. Señalando que: «esos deberes de garante comprenden el control de que los empleados de la empresa no comentan delitos en el ejercicio de la actividad empresarial peligrosa, porque esa actividad es actividad de la empresa y para la empresa y porque el empleado actúa bajo la dependencia de la empresa» (65). En aplicación rigurosa de tales criterios es posible considerar el *terrorismo como un riesgo en el ámbito de la empresa cuando pueda derivarse de las fuentes de riesgo bajo control de la empresa*, pero también quedar excluido cuando el terrorismo se base sobre la realización de un hecho neutro que sólo alcanza a tener consideración de delito por la finalidad terrorista que lo acompaña, por no existir en tal caso una vinculación entre el delito y la peligrosidad inherente a la persona jurídica.

Respecto de ilícitos desvinculados del riesgo inherente a la actividad que ejerce la persona jurídica cabe cuestionarse la conveniencia de establecer «amplios y formales deberes de colaboración jurídico-penalmente reforzados y dirigidos a la cúspide de las empresas» para proteger concretos intereses frente a posibles lesiones «por la conducta autorresponsable de un miembro de la empresa» (66), al tiempo que se constata la dificultad de construir una posición de garante de la persona jurídica «de que no se cometan delitos dolosos» (67), que va mucho más allá de lo que requiere la omisión de impedir delitos del artículo 450 del Código Penal, en el que la situación en la que es exigible intervenir viene definida por la inmediatez de la posibilidad de evitar la materialización de determinados delitos graves contra bienes jurídicos individuales (68).

---

(65) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *op. cit.*, p. 314. Un desglose de tal concepto a partir de su estructuración en distintos requisitos siguiendo a Schall, en p. 315.

(66) En ese sentido, ROBLES PLANAS, R., *op. cit.*, p. 10.

(67) Muy crítico con la concreción de la exigencia de responsabilidad penal por defecto de organización o responsabilidad por descontrol en la regulación del CP, QUINTERO OLIVARES, G., «La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas». *Comentario a la Reforma penal de 2015*, Navarra, 2015, p. 82, quien se refiere a «una especie de responsabilidad en comisión por omisión de la persona jurídica «garante» ... de que no se cometan delitos dolosos, porque eso es absurdo en muchos casos». Véase también pp. 84.

(68) Artículo 450 CP: «1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le

De acuerdo con esa matización referida a los delitos derivados del riesgo inherente al objeto de la actividad, determinados contextos se muestran particularmente susceptibles para que, cumpliéndose los requisitos del artículo 31 bis CP, resulten cometidos delitos de terrorismo en el ejercicio de la actividad propia de su objeto social. Serían ámbitos relacionados con la producción de armas, municiones, explosivos, industria química, de material nuclear, biológico o ionizante de los mencionados en el artículo 574 CP. Tales ámbitos de actividad suponen el uso de recursos que son una fuente de riesgo, con una peligrosidad que los hace idóneos para instrumentalizarse en delitos terroristas (69). Se trata de ámbitos respecto de los cuales existe una amplia y exhaustiva regulación en relación con sus condiciones de producción, utilización, comercialización, para mantener la seguridad necesaria sobre tales materiales o productos (70), y que a menudo dispone de regímenes sancionadores específicos (71), por lo que habrá de extremarse la precaución en el análisis de la posible responsabilidad de la entidad para evitar la imposición de una doble sanción (72).

También se muestra propicio para la comisión en el contexto de actividad de personas jurídicas el delito de organización terrorista del 572 y el de colaboración con la actividad o las finalidades de banda terrorista del artículo 577.1. En el primer caso la existencia de una entidad con personalidad jurídica puede servir para dar apariencia de legalidad a la organización criminal con fines de terrorismo, de manera

---

correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél».

(69) En particular, sobre la reforma de la normativa administrativa para mejorar el control en la fabricación, distribución, almacenamiento de explosivos, *vid.* GÓRRIZ ROYO, E., «Comentario a la L. O. 4/2005 por la que se modifica la L. O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de riesgo provocados por explosivos». *Revista General de Derecho Penal*, núm. 4, 2005, pp. 5-6.

(70) Así entre otras, el R. D. 137/1993, de 29 de enero, Reglamento de Armas, el R. D. 989/2015, de 30 de octubre, Reglamento de artículos pirotécnicos y cartuchería, el R. D. 130/2017, de 24 de febrero, Reglamento de Explosivos, la Ley 8/2017, de 8 de noviembre, sobre precursores de explosivos; el R. D. 78/2019, de 22 de febrero, del Reglamento sobre medidas de control de sustancias químicas susceptibles de desvío para la fabricación de armas químicas.

(71) Por lo que cabe apuntar si la correspondiente sanción administrativa no resultaría suficiente para la persona jurídica en tales casos.

A ello cabe añadir la posibilidad de que la persona jurídica sea condenada como responsable civil subsidiario por los delitos cometidos por sus empleados, basada en la tolerancia de la infracción de reglamentos 120.3.º CP, o en que el hecho se ha producido en el desempeño de sus obligaciones o servicios en el seno de la empresa 120.4.º CP.

(72) En el mismo sentido respecto del marco de delitos analizado por PALMA HERRERA, J. M., *op. cit.*, pp. 47-48.

que puede haber una superposición de la actividad legal de la entidad que dé cobertura a la actividad ilícita del grupo terrorista, que justifique la exigencia de responsabilidad penal a la entidad (73). En el segundo, la variedad posible de las actuaciones o clases de hechos, que llevados a cabo en el marco del tráfico jurídico ordinario, pueden servir a contribuir de una u otra forma de colaboración relevante típicamente en la comisión de alguno de los delitos de terrorismo con la única exigencia de que quien las realiza tenga conocimiento de que con ello contribuye a algún ilícito terrorista o se suma a tal finalidad define un campo muy extenso en el que puede ser viable la exigencia de responsabilidad por terrorismo a entidades con personalidad jurídica.

El requisito para la responsabilidad de la persona jurídica de que el delito se *cometa en beneficio directo o indirecto* interpretado de manera estricta exigiendo su *idoneidad objetiva para suponer una ventaja para la entidad puede servir para excluir la responsabilidad penal cuando el hecho cometido no suponga ventaja de ningún tipo*. No obstante, dicho criterio de actuar en beneficio de la persona jurídica puede no ser suficiente al efecto de limitar la responsabilidad en un conjunto de casos muy particular. Se trata de la posible *responsabilidad penal de partidos políticos*, en cuya actividad pudieran resultar cometidos delitos de enaltecimiento o justificación pública del terrorismo previstos en el artículo 578 del Código penal. Si como se entiende tal beneficio no ha de ser estrictamente económico, sino que cabe cualquier tipo de ventaja cabría pensar en hechos constitutivos de enaltecimiento del terrorismo o de humillación a las víctimas de los que podrían resultar responsables no sólo los concretos autores materiales de los hechos, sino también los partidos políticos. Por lo que el alcance incriminador de la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede abarcar una extensión desconocida y que franquea la posibilidad de utilizar el *Ius Puniendi* en contextos que nada tienen que ver con las razones que sustentan la alegada conveniencia de dirigir la amenaza penal directamente frente a las entidades al tiempo que abre una inquietante vía para la posible represión penal de manifestaciones de discrepancia política (74).

---

(73) Con anterioridad a su regulación reclamaba la exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas «a los supuestos en los que las sociedades o entidades de que se trate se integran en todo un entramado ideado por la propia organización terrorista para la consecución de los fines y objetivos que ésta persigue», OLMEDO CARDENETE, M., *op. cit.*, p. 1434.

(74) De «tentador instrumento» habla GARCÍA ALBERO, R., «La nueva responsabilidad penal...», *op. cit.*, p. 131.

Para concretar cuando hay beneficio de empresa, en sentido negativo, puede entenderse que no hay tal provecho, cuando el hecho cometido por alguno de los sujetos de 31 bis 1 CP, pese a ser idóneo *ex ante* para suponer un posible beneficio en algún sentido para la persona jurídica, sin embargo, alcance a ocasionar finalmente importantes costos de tipo económico, organizativo, reputacional que hayan de ser afrontados por la persona jurídica (75), pues en tal caso se habrá cometido un delito en el contexto de la entidad pero no en su beneficio, lo que podría excluir la responsabilidad penal de la entidad (76). En ese sentido, se señala que en tales casos falta la necesidad y merecimiento de pena de la propia persona jurídica (77). A tal efecto hay que señalar que la comisión de un delito de terrorismo en el ámbito de una empresa puede tener un importante costo reputacional y materializado en pérdidas económicas, que puede alcanzar a afectar de modo considerable a la organización empresarial (78). Sobre la interpretación del requisito «en beneficio directo o indirecto» la STS 154 de 29 de febrero de 2016 ha entendido que: «en muchas ocasiones podrá resultar difícil imaginar la obtención de una ventaja directa para aquel ente que desarrolla una actividad, especialmente si fuera lícita, como consecuencia de la comisión de un ilícito (...). Lo que obligará a los Tribunales, en cada supuesto en concreto, a matizar sus decisiones en esta materia, buscando la existencia de una verdadera relación entre el delito cometido y la obtención de la ventaja, provecho o beneficio, directo o indirecto, y huyendo de posiciones maximalistas e igualmente rechazables, tanto las que sostienen que siempre existirá un provecho para la persona jurídica, aunque sólo fuere por el del ahorro económico que le supone la inexistencia de adecuados mecanismos de control, como de aquellas otras, en exceso restrictivas, que pueden llegar a negar tales beneficios, en numerosos casos, por el perjuicio que en definitiva un posible daño reputacional y el cumplimiento último de las penas, pecuniarias e interdictivas, a la postre impuestas, como consecuencia de los actos delictivos cometidos por las personas físicas que la integran causan a la propia persona jurídica».

---

(75) En sentido parecido *vid.* MONTANER FERNÁNDEZ, R., «Reputación corporativa y responsabilidad penal de la empresa». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, 2018. Consultado en BD Aranzadi Instituciones, pp. 7 y 20.

(76) Así PALMA HERRERA, J. M., *op. cit.*, p. 43.

(77) En ese sentido CASAL FERNÁNDEZ, L., «Actuar en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica como criterio de imputación de su responsabilidad penal, en la comisión del delito de blanqueo de capitales». *VI. Congreso Internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Valencia, 2019, p. 494.

(78) Con detalle sobre los costos reputacionales y su evaluación *vid.* MONTANER FERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pp.6-8.

Otro criterio de utilidad para delimitar el ámbito de aplicabilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de terrorismo es el de la *realidad de la actividad económica* desarrollada. Esto es que se trate de una empresa que opera realmente en la economía. Se trata de las personas jurídicas a las que se refiere la Circular de la FGE como: «aquellas que operan con normalidad en el mercado y a las que propia y exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis» (79). No existirá responsabilidad penal de la entidad, solamente la de las personas físicas autoras de los hechos cuando se trate de una entidad exclusivamente instrumentalizada como tapadera de la actividad criminal (80). Se sigue en este aspecto la doctrina tradicional del levantamiento del velo (81). En el caso de que se trate de una empresa con actividad de los dos tipos, legal y delictiva, como las que menciona el artículo 66 bis 2.<sup>a</sup> «se utilice instrumentalmente», como señala la FGE que quedan: «claramente dentro del círculo de responsabilidad de las personas jurídicas y, en la medida en que tienen un mínimo desarrollo organizativo y cierta actividad, aunque en su mayor parte ilegal, son también imputables» (82).

Como se ha expuesto, las empresas pueden quedar exentas de responsabilidad penal si con anterioridad a la comisión del delito han adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido, o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. En este punto se torna crucial por parte de las empresas, la identificación de las actividades de su objeto social en que puedan resultar cometidos alguno de los delitos de terrorismo que han de ser prevenidos, e incorporar tal riesgo a sus programas de cumplimiento. En ese sentido, no es suficiente la mera existencia de un modelo, ni es

---

(79) Circular 1/2016, FGE, p. 28.

(80) Circular 1/2011, FGE, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por L. O. 5/2010, pp. 16-17.

(81) Así la STS 108 de 5 de marzo de 2019 (RJ 2019/881), F.J 7.º

«Las sociedades mencionadas carecen de cualquier actividad mercantil o empresarial, de organización o de infraestructura etc. Se trata de meras sociedades pantalla creadas o adquiridas para el buen éxito del plan criminal urdido, utilizadas como instrumentos del delito y en aras a dificultar la investigación de la actividad criminal. [...] Es evidente pues, que conforme se relata en el apartado de hechos probados de la resolución recurrida, nos hallamos ante personas jurídicas estrictamente instrumentales o «pantalla», carentes por tanto de cualquier actividad lícita y utilizadas exclusivamente para la comisión de hechos delictivos. *Por ello se encuentran totalmente al margen del artículo 31 bis del Código Penal*».

(82) Circular 1/2016, FGE, p. 29.

requisito imprescindible que cuente con una certificación de calidad, sino que habrá de atenderse a si el modelo «contenía las medidas de control y vigilancia idóneas para evitar o reducir significativamente el concreto riesgo materializado en un resultado delictivo» (83). Así por ejemplo, las empresas relacionadas con la utilización de sustancias químicas, armas, explosivos, material nuclear o biológico de acuerdo con su correspondiente normativa sectorial administrativa de regulación habrán de incluir en su modelo de cumplimiento medidas para impedir que puedan resultar cometidos delitos como el del artículo 574 CP.

## V. CONCLUSIONES

En la sociedad contemporánea, caracterizada por su exacerbada sensibilidad al riesgo, el terrorismo, y en particular el de cuño yihadista se perfila como una de las mayores amenazas para la seguridad, y como tal percibida por los individuos y los Estados. En cuanto ataques contra civiles como objetivos escogidos al azar, con el interés de alcanzar al mayor número de víctimas posible, no se puede perder de vista su consideración como un fenómeno delictivo articulado sobre la instrumentalización finalista de la violencia con la enorme significación simbólica que le es inherente. Tal caracterización propicia una respuesta jurídica desde el punitivismo y la expansión irreflexiva del ámbito de lo penalmente relevante.

Sin embargo, la complejidad del terrorismo como fenómeno delictivo exige actuar con rigor y precisión en la elaboración de una respuesta en la que convergen múltiples factores, y frente a la que el discurso exclusivo al endurecimiento penal, que si bien hasta cierto punto parece inevitable (84), sin embargo, a la postre se muestra contraproducente y disfuncional, como se ha tratado de evidenciar.

---

(83) MONTANER, R., FORTUNY, M., «La exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: regulación jurídico penal vs. UNE 19601». *La Ley Penal*, n.º 132, 2018. Consultado en BD Doctrina La Ley, p. 9 del fichero generado.

(84) En ese sentido SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión...*, *op. cit.*, pp. 86-87, cuando afirma que: «La exigencia de dar respuesta a la globalización y su delincuencia se concibe, en general, en términos *punitivistas*, esto es, de evitación de hipotéticas lagunas, así como de rearme jurídico-penal frente a modelos de delincuencia que crean una fuerte sensación de inseguridad no solo a los individuos, sino también -y de modo muy especial- a los propios Estados. Si a esto se añade el evidente déficit de ejecución (*Vollzugsdefizit*) de la normativa penal en estos ámbitos, dada la magnitud de la tarea asumida, parece razonable pensar en que la menor *certainty* de la consecuencia jurídico-penal (o, en otras palabras, el inevitable carácter selectivo de la



Desde la política criminal en sentido amplio, cabe dar respuestas basadas en el conocimiento riguroso del tipo de hechos que se tratan de impedir y sus causas, y con ello, se puede mejorar la legislación para ofrecer un marco penal más ajustado a los nuevos rasgos del terrorismo, sin renuncia a los principios de lesividad y *ultima ratio*. Importante e insustituible es también la tarea que compete a los servicios de inteligencia y los cuerpos policiales en la investigación para impedir atentados terroristas. Del buen funcionamiento y potencial mejora de estos aspectos cabe esperar un mayor recorrido, que de apresuradas y parciales modificaciones de la legislación presididas de un exacerbado punitivismo propio del recurso al uso simbólico de la legislación penal (85). E imprescindible es también dirigir la atención a las vías de desactivación del mensaje orientado a la radicalización de potenciales activistas comprometidos con el terrorismo, actuando desde las comunidades sociales de origen de los potenciales nuevos adeptos, tal y como se señala en la Resolución 2178 del Consejo de Naciones Unidas de 24 de septiembre de 2014 (86).

La amplitud de los términos en los que tiene lugar la tipificación de los hechos terroristas junto con la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede servir para considerar que, por disposición legal, el terrorismo pasa *per se* a tener la consideración de riesgo de empresa o en las relaciones jurídicas ilimitadamente, sino que más bien al contrario, las consecuencias que para la actividad económica y el tráfico jurídico y de los sujetos que asumen responsabilidades dentro del contexto organizativo de las entidades, puede tener tal interpretación aconsejan un entendimiento restrictivo a fuerza de no trasladar al ámbito de actividad de las personas jurídicas obliga-

---

represión) se vea compensada con una mayor *severity* de la misma (esto es, con un reforzamiento de los aspectos *simbólicos de la sanción*)».

(85) Sobre el papel de los servicios de inteligencia y la necesidad de que su funcionamiento quede sometido a garantías de efectividad conciliables con el respeto a los derechos fundamentales GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Servicios de inteligencia y contraterrorismo». *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales*. Dirs. M. L. Cuerda Arnau; A. Alonso Rimo. Valencia, 2018, pp. 44 y ss.

(86) La Resolución 2178 de 2014 en su punto 16: «Alienta a los Estados Miembros a lograr la cooperación de las comunidades locales y los agentes no gubernamentales pertinentes en la formulación de estrategias para contrarrestar la retórica del extremismo violento que pueda incitar a la comisión de actos terroristas, abordar las condiciones que propicien la propagación del extremismo violento, que puede conducir al terrorismo, incluso empoderando a los jóvenes, las familias, las mujeres, los líderes religiosos, culturales y de la educación y todo otro grupo interesado de la sociedad civil, y adoptar enfoques específicos para combatir el reclutamiento de personas para este tipo de extremismo violento y promover la inclusión y la cohesión sociales».

ciones desproporcionadas, inasumibles e inútiles a la finalidad para la que se establecen. En ese sentido hay que señalar que radicalización e integración social son realidades perfectamente compatibles en una misma persona que interviene en el marco de una entidad por lo que, la posibilidad de hacer responsables por delitos de terrorismo a las personas jurídicas por los posibles hechos terroristas cometidos por individuos vinculados a ella en el sentido del artículo 31 bis CP no viene sino a amplificar dentro del contexto de la organización interna de las entidades los efectos contraproducentes de tales tipificaciones, algunas de ellas de más que dudoso potencial lesivo.

La exigencia de que se actúe en beneficio de la persona jurídica puede excluir la responsabilidad, cuando el hecho lejos de beneficiar suponga un perjuicio constatable para la entidad. La identificación del riesgo de hechos terroristas incluidos en el correspondiente modelo de organización interno cuando ese riesgo esté directamente ligado al riesgo inherente a su propia actividad con el fin de gestionar adecuadamente su prevención, también se muestra útil al efecto de reducir una posible condena a entidades corporativas.

También el criterio que convierte a la persona jurídica en inimputable penalmente, cuando se trate de una entidad cuya única finalidad sea la de tapadera de la actividad delictiva, sin ser una corporación con ningún tipo de actividad productiva real en la economía, hace innecesaria la sanción a la persona jurídica diferenciada de la de los autores materiales de los hechos.

Desde un plano político criminal, la selección del conjunto de delitos en los que es exigible responsabilidad penal a las personas jurídicas va más allá de los confines de la delincuencia socioeconómica, que ha servido para justificar su necesidad en la línea de impedir que la comisión de delitos reporte una ventaja a las empresas en el tráfico jurídico económico (87). La imposición de unas normas de regulación

---

(87) Así en el Derecho en vigor se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas para los siguientes delitos:

- tráfico ilegal de órganos, art. 156 CP;
- trata de seres humanos, art. 177 bis CP;
- delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores, art. 189 Bis;
- delitos contra la intimidad, allanamiento informático y otros delitos informáticos, artículo 197 quinquies CP;
- estafas y fraudes, art. 251 bis CP;
- frustración de la ejecución, art. 258 ter;
- insolvencias punibles, art. 261 bis;
- daños informáticos, art. 264 quater CP;
- delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores, art. 288,

interna para evitar delitos en el seno de las corporaciones tiene sentido como forma de prevención de la criminalidad económica y la directamente derivada de la actividad de la empresa basada en la utilización de tecnologías generadoras de riesgo. Sin embargo, la regulación en vigor va más allá de las infracciones de naturaleza económica ligadas a ilícitos cometidos en la actividad empresarial –y que pueden ser concebidas en último término como excesos que procuran ventaja competitiva o mejoran los resultados económicos fuera del marco legal–, que el legislador ha querido impedir mediante la amenaza de pena a la propia entidad. La inclusión de formas de criminalidad organizada, como la trata de personas (art. 177 bis), el tráfico de drogas (art. 369 bis), en otro contexto, los delitos de odio (art. 510 bis) o desde la reforma comentada de 2019, los delitos de terrorismo, impone un deber de regulación interna a las entidades que se aparta y va más allá de la imposición de controles para su intervención leal en la economía para imponerles un deber coactivo de prevención de delitos cometidos en su contexto de autoorganización (88).

- 
- blanqueo de capitales, art. 302 CP;
  - financiación ilegal de partidos políticos, art. 304 bis CP;
  - delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, art. 310 bis CP;
  - delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, art. 318 bis CP;
  - delito de construcción, edificación o urbanización ilegal, art. 319 CP;
  - delitos contra el medio ambiente, arts. 327 y 327 CP;
  - delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes, art. 343 CP;
  - delitos de riesgo provocado por explosivos, art. 348 CP;
  - delitos contra la salud pública relativos a sustancias peligrosas, medicamentos, dopaje, delitos alimentarios y similares, art. 366 CP;
  - tráfico de drogas, art. 369 bis CP;
  - falsificación de moneda, art. 386 bis CP;
  - falsedad en medios de pago, art. 399 bis CP;
  - cohecho, art. 427 bis CP;
  - tráfico de influencias, art. 430 CP;
  - malversación, art. 435 CP;
  - corrupción de funcionario extranjero, art. 445 CP;
  - provocación a la discriminación, el odio y la violencia, art. 510 bis CP;
  - terrorismo, 580 bis CP;
  - delito de contrabando. L. O. 12/1995, de 12 de diciembre de represión del contrabando.

(88) Vid. en ese sentido, FOFFANI, L., «Evolución histórica y perspectivas futuras del Derecho penal económico europeo». *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*. Coord. J.M Silva Sánchez y otros. Buenos Aires, 2017, p. 86. «Con la responsabilidad de las personas jurídicas se confiere a las empresas privadas una función de prevención activa de los delitos que se enmarca en una perspectiva mucho más amplia, una función casi de policía económica, muy evidente sobre todo en los casos en que el legislador ha intentado utilizar al mundo empresarial

Pese al esfuerzo realizado para reducir la relevancia del terrorismo como posible clase de hechos a controlar en el marco de la organización interna de las corporaciones, considerando tales hechos típicos solamente cuando tienen lugar en el contexto del dominio de fuentes de peligro o riesgos sujetos a control propios de la actividad productiva de la persona jurídica hay que reconocer, sin embargo, que de la regulación en vigor cabría afirmar, tal y como lo hace Silva Sánchez respecto del blanqueo de capitales, que: «la cuestión es que las empresas en su totalidad pasan a convertirse por la vía jurídico penal en sujetos obligados a controlar posibles *hechos terroristas*, a detectarlos y a neutralizarlos, so pena de ser hechas corresponsables de ellos» (89).

---

para combatir la criminalidad organizada y el terrorismo, tipificando delitos como el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo».

*Vid.* también en esa línea, SILVA SÁNCHEZ, J. M. «¿Derecho penal regulatorio?... *cit.*, pp. 147, 151.

(89) SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales», *II Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*. Coord. M. Abel Souto. Valencia, 2011, p. 138.

# Una nueva prueba de la teoría de los sentimientos de inseguridad explicativa de la firmeza frente al delito

ALFONSO SERRANO MAÍLLO

Profesor Titular de Derecho penal y Criminología  
UNED

## RESUMEN

*En este artículo se ofrece una prueba de la teoría de los sentimientos de inseguridad, una explicación de la punitividad o firmeza frente al delito a nivel individual. A tal fin utilizamos datos españoles del estudio 3257 del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS). Análisis de regresión ordinal logit y logística muestran que los individuos tienden a albergar actitudes más firmes frente al delito según experimentan sentimientos de inseguridad más marcados. Estos análisis controlan el efecto de variables relevantes. Los hallazgos concuerdan con contrastes previos de la teoría en España. Nuestro estudio ofrece evidencia de ulteriores predictores de la firmeza frente al delito: la ideología política, el nivel educativo y la falta de confianza en la Administración de Justicia. Nuestro estudio evita la familiar limitación de estimar la firmeza con una única variable. Aunque el estudio del CIS incluye solo dos medidas válidas de firmeza, confiamos en reducir el error de medición, mejorar la potencia estadística y alcanzar una mayor precisión en las estimaciones, en comparación con la alternativa de medidas únicas. Finalmente, nuestro estudio se toma en serio los datos categóricos ordinales aplicando herramientas estadísticas apropiadas: el empleo de regresión lineal puede producir resultados erróneos y el de modelos analíticos para datos nominales puede perder información muy valiosa. Tanto los hallazgos como sus limitaciones son discutidas.*

*Palabras clave: punitividad, firmeza hacia el delito, sentimientos de inseguridad, regresión ordinal.*

## ABSTRACT

*In this paper, we test insecurity feelings theory, an explanation of punitivity or firmness towards crime at the individual level. We rely on Spanish data from the 3257*

*study of the Centre of Sociological Research (CIS). Ordinal logit and logit regressions show that individuals tend to have firmer attitudes towards crime as they hold more acute insecurity feelings. These analyses control for relevant variables. Results are in agreement with previous tests of the theory in Spain. Our study offers evidence of other predictors of firmness towards crime: political ideology, level of education, and lack of trust in the Administration of Justice. Our study avoids the familiar limitation of estimating firmness with a single variable. Though the CIS study includes only two valid measures of firmness, we expect to reduce measurement error, improve statistical power, and achieve higher precision in the estimates, in comparison with the alternative use of single measures. Finally, our study takes categorical ordinal data seriously, applying the appropriate statistical tools: the use of OLS may produce misleading results, and the use of analytic tools for nominal data may lose important information. Results and limitations are discussed.*

**Key words:** *punitiveness, firmness towards crime, insecurity feelings, ordinal regression.*

**SUMARIO:** 1. Introducción. 1.1 La firmeza frente al delito. 1.2 Una propuesta explicativa: la teoría extendida de los sentimientos de inseguridad. 1.3 Hipótesis.-2. El presente estudio. 2.1. Datos. 2.2. Medidas. 2.2.1. Firmeza frente al delito. 2.2.2. Inseguridad. 2.2.3. Variables de control, sociodemográficas y agregada. 2.3. Estrategia analítica: regresión ordinal (*logit*).-3. Resultados.-4. Discusión.-5. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1 La firmeza frente al delito

Según Sutherland, aunque la teoría criminológica se ha ocupado tradicionalmente de los procesos de infracción de normas, su objeto de estudio incluye igualmente los de reacción a la infracción de normas (1). El segundo elemento es habitualmente denominado *punitividad*. A mi juicio, sin embargo, es preferible el término de *firmeza* porque carece de las connotaciones valorativas negativas del primero, lo cual no es apropiado en el caso de actitudes (2). Albergar una acti-

(1) Edwin H. SUTHERLAND, *Principles of Criminology*, 2.<sup>a</sup> ed., Chicago [etc.], J. B. Lippincott, 1934, p. 3.

(2) Alfonso SERRANO MAÍLLO, *Firmeza frente al delito y comunidad en la modernidad reflexiva*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 31-34.

tud firme frente al castigo de los delitos, incluso con severidad, no es ilícito ni inmoral. Siguiendo a Kant, esto es debido a que el objeto de la moral son las acciones; y a que justamente el máximo valor moral se encuentra en la conducta benévola de quien alberga actitudes firmes. Esto no quiere decir que el benévolo que obra de modo benévolo no tenga mérito moral, pero menos que su compañero (3). La idea de que la inseguridad en sentido general es una causa de la firmeza frente al delito a nivel individual es un lugar común en la literatura comparada (4), aunque habitualmente esta hipótesis no va acompañada de una explicación en términos causales, esto es de una respuesta al porqué de dicha relación causal. Por ejemplo, sería imaginable en ausencia de una teoría explicativa previa que la inseguridad se tradujera en mayor comprensión hacia los demás y, en consecuencia, en mayor benevolencia frente a los infractores. Sin una teoría no es posible saber qué buscar, aparte de que de otro modo no existe guía para las decisiones metodológicas. Una excepción es la teoría de los sentimientos de inseguridad de Kury y la extensión de la misma que propuse en otro lugar a partir del Durkheim tardío de *Las formas elementales de la vida religiosa*. En el caso de España en particular, esta explicación constituye una alternativa al modelo hipodérmico que domina nuestras investigaciones, de acuerdo con el cual la firmeza es el resultado de una sobreexposición a informaciones y opiniones sesgadas sobre la criminalidad, normalmente procedentes de los medios de comunicación, por parte de sujetos con baja capacidad crítica. A nivel comparado, el estudio teórico en sentido estricto de la firmeza a nivel individual ha recibido relativamente poca atención, al menos en comparación con la explicación del delito.

## 1.2 Una propuesta explicativa: la teoría extendida de los sentimientos de inseguridad

La teoría extendida de los sentimientos de seguridad se basa en una versión originaria de Kury. De acuerdo con esta segunda, *las condiciones sociales y políticas y cómo son experimentadas por los individuos* afectan de modo decisivo a las reacciones y actitudes frente al

---

(3) Immanuel KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, en *Kants gesammelte Schriften*, IV, Berlin, Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, 1785/1903, pp. 390, 395, 397-398, 410-411, 416, 425 y 429.

(4) Michael T. COSTELLOE, Ted CHIRICOS y Marc GERTZ, «Punitive attitudes toward criminals: Exploring the relevance of crime salience and economic insecurity», *Punishment and Society*, 11, 2009, p. 44.

delito (5). En especial, *cuando las personas se sienten inseguras por cualesquiera razones, también tienden a ser más punitivas* (6). La tesis originaria introduce factores y mecanismos teóricos adicionales. Kury presenta un *modelo cebolla de la punitividad*, en la que el núcleo central estaría ocupado por la punitividad individual, mientras que las áreas concéntricas sucesivas irían albergando factores o fenómenos influyentes en la misma, de modo cada vez más remoto o indirecto. De este modo, en las capas más próximas al corazón de la cebolla aparece la personalidad, la socialización y la influencia de la cultura; en estratos algo más alejados se encuentran las normas y los valores, la vulnerabilidad o la descripción de la criminalidad; y así sucesivamente hasta las variables que se encuentran más alejadas del centro de la cebolla, en franjas sucesivas e incluso fuera de ella. Nótese, sin embargo, que es dudoso que este modelo represente, en puridad, una teoría. En otros lugares nuestro autor se refiere a ulteriores factores potencialmente relacionados con la firmeza frente al delito, pero sin mencionar el modelo cebolla (7). Muchos de estos factores, sin embargo, pueden más o menos fácilmente reconducirse a sentimientos de inseguridad, como es el caso de encontrarse en situación de desempleo, los ingresos, la situación personal, etc.; o a otros constructos.

Pese al trabajo seminal de Kury y otros autores, el modelo de los sentimientos de inseguridad requiere una mayor elaboración. Sobre todo, y como acaba de decirse, la conexión entre inseguridad y firmeza demanda una explicación en términos causales. La extensión que he propuesto en otro lugar trata de avanzar frente a estas limitaciones (8). El punto de partida de esta extensión es la imposibilidad de afrontar la explicación de la firmeza frente al delito sin tener en cuenta los profundos cambios que experimentan desde hace algunas décadas las sociedades occidentales al menos. Existe un amplio acuerdo sobre este estado de cosas, aunque no sobre su explicación. Una propuesta explicativa es la tesis de la modernidad reflexiva de Beck, la cual

---

(5) Helmut KURY, Joachim OBERGFELL-FUCHS y Ursula SMARTT, «The evolution of public attitudes to punishment in Western and Eastern Europe», en *Changing attitudes to punishment. Public opinion, crime and justice* (Julian V. ROBERTS y Mike HOUGH eds.), Cullompton, Devon, Willan, 2002, p. 93.

(6) Helmut KURY y Theodor FERDINAND, «Public opinion and punitivity», *International Journal of Law and Psychiatry*, 22, 1999, p. 382.

(7) Helmut KURY, Joachim OBERGFELL-FUCHS y Michael WÜRGER, *Strafeinstellungen. Ein Vergleich zwischen Ost- und Westdeutschland*, Freiburg i.Br., Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2002, pp. 4-12.

(8) Alfonso SERRANO MAÍLLO, *Firmeza frente al delito y comunidad en la modernidad reflexiva*, ob. cit., pp. 272-311.



incluye tres dimensiones fundamentales: el *riesgo* o la *sociedad del riesgo*, la *individualización* y el *cosmopolitización* (9). Los cambios generan tanto inseguridad –removiendo fuentes tradicionales de seguridad y también de modo más directo– como seguridad, si bien más precariamente, incluyendo formas actualizadas e incluso novedosas de vinculación y de comunidad. Esto dibuja un escenario de inseguridad variable, y no prácticamente una constante como en otros enfoques. El sentimiento de inseguridad, la variable independiente nuclear de esta teoría puede entenderse como una *emoción* (10). Los sentimientos de inseguridad existen por defecto, siendo la pertenencia a una comunidad la forma más importante de generar seguridad. En la tradición durkheimiana puede describirse como una especie de energía. Junto con su naturaleza social recién reseñada, una de las grandes ventajas de la teoría de los sentimientos de inseguridad es que es consistente con cambios rápidos en las actitudes frente al delito a nivel individual –algo que, por ejemplo, ni los valores ni la ideología política ni la educación pueden justificar–. El planteamiento teórico básico sostiene que la inseguridad se relaciona con una falta de empoderamiento –frente a la que los individuos reaccionan buscando vinculaciones y comunidad–, lo cual a su vez facilita la acción. La firmeza, por lo tanto, es una reacción a un estado de cosas negativo, o mejor dicho una consecuencia de dicha respuesta. Bajo estas circunstancias, los agentes pueden buscar grupos a los que pertenecer, algo que puede producirse incluso de modo pasivo y casi inadvertido como cuando se participa en un rito –una coronación, un escándalo político, un castigo...– a través de los medios de comunicación como la televisión. En efecto, la televisión, internet o el *e-mail* desempeñan un rol nuclear en las nuevas comunidades. Frente al predominante modelo hipodérmico y la imagen negativa que ofrece de los medios, se puede hipotetizar que lo relevante de los mismos no es la información que envían, presumiblemente en forma de *inputs*, sino las posibilidades que abren a la entrada en comunidades y a la participación en ritos –de modo que la inseguridad aparece antes que la tendencia, si no necesariamente al visionado de la televisión, sí al menos a su utilización para formar parte de grupos– (11). Entre estas comunidades existe una de

---

(9) Ulrich BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1986, *passim*.

(10) Icek AJZEN, «Attitude structure and behavior», en *Attitude structure and function*, Hillsdale, NJ [etc.], Lawrence Erlbaum Associates, 1989, pp. 241-274. Con detalle sobre la postura del texto, Alfonso SERRANO MAÍLLO, *Firmeza frente al delito y comunidad en la modernidad reflexiva*, *ob. cit.*, p. 163.

(11) Joshua MEYROWITZ, *No sense of place. The impact of electronic media on social behaviour*, New York y Oxford, Oxford University Press, 1985, *passim*.

firmes frente al delito *en general*, esto es al margen de comportamientos y tipos de infractores concretos. Pertenecer a una comunidad impone creencias y también, en nuestro caso, una actitud firme general frente al delito de tipo holístico, no selectivo. Ahora bien, los ritos en la tradición de Durkheim son el elemento primordial para la formación y mantenimiento de las comunidades (12). El castigo, que tiene una dimensión simbólica, es precisamente un rito: un rito de purificación para esta comunidad de firmes frente al delito; lleva implícito lo sagrado; tiene una gran carga emocional; transmite significados, cumpliendo así una función expresiva o simbólica; y, por lo tanto, reafirma la comunidad y reasegura y da sentido a la vida colectiva.

### 1.3 Hipótesis

La teoría extendida es demasiado abstracta y compleja como para ser contrastada directamente con la observación. En todo caso, a la luz de las tesis recién expuestas puede proponerse la siguiente conjetura:

*H<sub>1</sub>. Según los individuos experimentan más inseguridad económica, también tienden a albergar actitudes más firmes frente al delito.*

Dada la naturaleza causal de esta hipótesis, es menester obtener mediciones de las dos variables que menciona de modo expreso y analizar si la relación que existe entre ellas es la especificada por la misma hipótesis. La limitación a la dimensión económica, como nos disponemos a ver, es debida a las medidas que tenemos a nuestra disposición.

## 2. EL PRESENTE ESTUDIO

### 2.1 Datos

Para la contrastación de nuestra hipótesis recurrimos a los datos del reciente Barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) de julio de 2019, numeral 3257. El universo de este estudio era la población española de 18 o más años de edad. El tamaño muestral final asciende a 2952 casos. El procedimiento de muestreo fue polietápico y estratificado por conglomerados. El modo de recogida de

---

(12) Emile DURKHEIM, *Las formas elementales de la vida religiosa. El sistema totémico en Australia* (trad. J. H. Ruiz Rivas), Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1912/2012, pp. 399-403.

datos fue el habitual de entrevista cara a cara en el domicilio del encuestado. Puesto que, como es habitual en el CIS, el proceso muestral rompe la aleatoriedad con el recurso a cuotas en la selección de los encuestados, el error no se puede calcular. El trabajo de campo tuvo lugar entre el 1 y el 11 de julio de 2019.

## 2.2 Medidas

El cuestionario del estudio 3257 del CIS incluye ítems que permiten medir nuestras variables de interés. Veamos su redacción concreta, clasificándolos según se hayan empleado para la operacionalización de la variable dependiente, de la independiente o de los controles, incluyendo entre éstos las variables sociodemográficas y la agregada. Comenzaremos por nuestra variable dependiente o respuesta: *firmeza frente al delito*.

### 2.2.1 FIRMEZA FRENTE AL DELITO

Dos demandas de respuesta (P) permiten medir la firmeza frente al delito a nivel individual de modo válido: P29 y P30. La primera reza del modo que sigue: «En general, ¿cree Ud. que las leyes en España son muy blandas, muy duras, o lo justo con los/as que cometen delitos de especial gravedad, con uso de violencia?», ofreciendo tres categorías de respuesta sustantiva que pueden ordenarse de más a menos punitiva mediante una sencilla recodificación (13). Aunque la pregunta se refiere a las leyes en general y no a las penales en particular, la mención de «delitos» graves «con uso de violencia» probablemente hará pensar a los encuestados en consecuencias estrictamente jurídico-penales. La limitación de la pregunta a comportamientos muy graves probablemente favorecerá respuestas en el extremo punitivo. Aquellos que dudan/no saben –y, por supuesto, quienes no contestan– han sido catalogados como no respuestas, ya que quien duda podría quizá considerarse que no cree que las leyes sean ni demasiado duras ni blandas, pero, al margen del mérito de esta interpretación, no es posible distinguirlos de quienes sencillamente no saben.

P30 figura a continuación: «Entre las siguientes opciones, ¿cuál cree Ud. que habría que aplicar en el caso de los/as delincuentes multirreincidentes, es decir, los/as que cometen delitos varias veces?». P30 ofrece dos alternativas de respuesta sustantiva: «Deberían cumplir su sentencia como cualquier otro/a delincuente, esperando su

---

(13) La recodificación ha seguido las siguientes reglas: 1 = 2; 2 = 3; y 3 = 1.

rehabilitación» y «Deberían cumplir su sentencia íntegramente, sin disfrutar de beneficios penitenciarios, como medida de protección de la sociedad». Aunque la validez de este ítem no es tan evidente, asumimos que quienes desean sanciones especialmente graves, aunque sólo sea para un grupo de condenados son también más firmes o punitivos frente al delito. Las respuestas que ofrece P30 *mezclan* por un lado la postura sobre la punitividad –cumplir las penas «íntegramente» frente a «como cualquier otro», esto es, presumiblemente, con potenciales reducciones de condena y acceso a libertad condicional– y por otro la postura sobre los fines de las penas –resocialización frente a defensa social. Es cierto que ambas dimensiones tienden a estar relacionadas tanto empírica como teóricamente (14), pero hubiera sido preferible mantenerlas separadas (15). Dado el contexto de P30, que aparece tras el ítem sobre la dureza o ligereza de las leyes (penales) y a que la parte inicial es la referida al cumplimiento y es más enfática, cabe asumir que la dimensión punitividad dominará en las respuestas (16). Los entrevistadores podían codificar como respuesta alternativa cualquier otra que se ofreciera, pero esta información no está disponible, de modo que quienes optaron por ofrecer una contestación sustantiva pero fuera de las dos categorías por defecto deben ser entendidos como casos de no respuesta. Es imaginable que algunas o quizá la mayoría de las respuestas alternativas fueran firmes o incluso especialmente firmes frente al delito, pero no podemos sustentar empíricamente esta sospecha. Sin duda, son imaginables contestaciones matizadas, condicionales, complejas, etc., que no se ajustarían a este patrón. De nuevo, la elección de los multirreincidentes y una aclaración que enfatiza, probablemente favorece respuestas punitivas (17).

Ambos ítems, P29 y P30, contienen información relevante que no debe perderse, siendo el caso en particular que debe evitarse la estimación de la punitividad con preguntas únicas (18) –aunque dos sigue

---

(14) Lior GIDEON y Ayala SHERMAN-OREN, «The role of social distress, political affiliation, and education in measuring punitive attitudes: Israel as a case study», *International Criminal Justice Review*, 24, 2, 2014, p. 152.

(15) Willem E. SARIS y Irmtraud N. GALLHOFER, *Design, evaluation, and analysis of questionnaires for survey research*, 2.<sup>a</sup> ed., Hoboken, NJ, Wiley, 2014, pp. 83-84.

(16) Floyd J. FOWLER, *Improving survey questions. Design and evaluation*, Thousand Oaks, CA [etc.], Sage, 1995, p. 72.

(17) Daniel VARONA GÓMEZ, «¿Somos los españoles punitivos?: actitudes punitivas y reforma penal en España», *InDret*, 1/2009, 2009, pp. 10-12

(18) Alfonso SERRANO MAÍLLO, «Acerca de la medición de la firmeza frente al delito mediante preguntas únicas. Un análisis de clases latentes», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 6, 2011, p. 347.

siendo pobre-; y siendo el caso igualmente que no cabe recurrir aquí para la medición de la punitividad a modelos de variables latentes habida cuenta de que no estarían identificados, la construcción de una *escala sumatoria* (19), con la aclaración que haremos enseguida, parece la opción preferible para reducir la información a una única variable. Esta decisión tiene una base *lógica*, basada en las categorías de respuesta ofrecidas por las preguntas de interés. Puesto que contamos con una pregunta con tres categorías de respuesta (1-3) y otra con dos (0-1), categorías que pueden ordenarse de menos a más punitiva o firme tras recodificar P29, nuestro índice es una variable ordinal que oscila entre 1 y 4. Asumimos, por lo tanto, que las cuatro categorías son igualmente ordenables. Puntuaciones más elevadas implican una mayor firmeza frente al delito. Más que *sumar*, entendemos este proceso más bien como una *combinación de categorías*. Sin duda, el nivel de medición de P29 y P30 rechaza que los números asignados a sus categorías lo sean en sentido continuo –distancias conocidas e iguales, ceros significativos, etc.– lo cual exige algún tipo de evaluación de nuestra decisión.

Pues bien, nuestra decisión metodológica es avalada en primer lugar por análisis ridit (20). Los mismos indican que las categorías de P30 se demarcan entre sí de modo nítido (ridits = 0,088 y 0,588) y, menos claramente, las de P29 (ridits = 0,021, 0,156 y 0,675). Aunque este enfoque muestra que las categorías «Son muy duras» y «Lo justo» de P29 son próximas, lo cierto es que aun así existe una diferencia entre ellas, diferencia que merece la pena utilizar analíticamente. Recuérdese que en el cuestionario original el orden en que se exponían las categorías de respuesta no era el lógico –P29 reza: «muy blandas, muy duras, o lo justo»–, lo cual ha podido contribuir a reducir la distancia entre las dos últimas categorías o incluso a crear una dicotomía entre quienes optaron de modo inmediato por la primera opción –los más punitivos– y quienes esperaron a escuchar el resto de opciones –una situación especialmente posible en entrevistas personales (21). A pesar de ello, el análisis ridit apunta a que, aunque de modo limitado pero suficiente, sigue existiendo una diferencia entre las dos últimas categorías de respuesta originales de P29, esto es que no se solapan entre sí. Como consecuencia, de las cuatro (nuevas) categorías de nuestra variable dependiente firmeza, la segunda incluye casos relativamente homogéneos ( $P29 = 1 + P30 = 1$  en comparación con

---

(19) Paul E. SPECTOR, *Summated rating scale construction. An introduction*, Newbury Park, CA, Sage, 1992, pp. 1-4.

(20) Alan AGRESTI, *Analysis of ordinal categorical data*, 2.ª ed., Hoboken, NJ, John Wiley and sons, 2010, pp. 9-11.

(21) Floyd J. FOWLER, *Improving survey questions...*, *ob. cit.*, p. 86.

$P_{29} = 2 + P_{30} = 0$ ) y la tercera casos relativamente heterogéneos ( $P_{29} = 2 + P_{30} = 1$  en comparación con  $P_{29} = 3 + P_{30} = 0$ ); pero las cuatro son distinguibles y pueden ordenarse (22).

En la misma línea apunta, en segundo lugar, un análisis de correspondencia y de correspondencia múltiple (23), que indican que las categorías «Son muy duras» y «Lo justo» de  $P_{29}$  son distinguibles entre sí, aunque de modo muy modesto. Las coordenadas (normalización simétrica) para las dos categorías de  $P_{29}$  recién mencionadas en la dimensión 1 –sustantiva– son, respectivamente, 0,798 y 0,809. Esto apunta de nuevo a que  $P_{29}$  podría tratarse como una dicotomía y a que las categorías una y dos por un lado y dos y tres por otro de la variable firmeza podrían incluso solaparse entre sí. A la luz de los datos, sin embargo, esto último parece un poco exagerado ya que, en el caso más extremo ( $P_{29} = 1 + P_{30} = 1$ ) < ( $P_{29} = 3 + P_{30} = 0$ ) (24).

Esta es, en efecto, la comparación más extrema en el sentido de que se trata de dos patrones de respuesta *próximos* pero asignados a categorías distintas de nuestra escala de firmeza con cuatro escalones. Nuestro enfoque asume que la distancia subyacente entre las categorías «Son muy duras» y «Son muy blandas» de  $P_{29}$  es mayor que la que existe entre las dos categorías sustantivas de  $P_{30}$ . Esto es justamente lo que muestran los análisis  $\text{ridit} = 0,156$  y  $0,675$  para las categorías de  $P_{29}$ ; y  $0,088$  y  $0,588$  para las de  $P_{30}$ . Ergo, la comparación del texto es correcta. Ahora bien, puesto que el patrón  $P_{29} = 1 + P_{30} = 1$  parece el más problemático, es posible removerlo y repetir los análisis sin el mismo, que afecta a firmeza = 2. Una vez más, adelantándonos un poco, podemos decir que los análisis no muestran ninguna diferencia digna de mención en comparación con los originarios que mostraremos enseguida –ni en su conjunto ni en particular para  $H_{1-}$ , cuya principal diferencia es una rebaja en diecinueve observaciones que ahora se pierden. En efecto, solo un 2,22 por ciento de los encuestados eligió el patrón de respuesta que hemos identificado como problemático.

Lo que sí parece es que las categorías 1-3 de nuestra variable dependiente son relativamente próximas entre sí, con una cuarta muy alejada. Estas impresiones se confirman cuando se obtienen los *ridits*

(22) Las frecuencias y porcentajes de las categorías de la variable firmeza son las siguientes: 1 = 31/1,3%; 2 = 238/8,1%; 3 = 559/18,9%; 4 = 1481/50,2%.

(23) Eric J. BEH y Rosaria LOMBARDO, *Correspondence analysis. Theory, practice and new strategies*, Chichester, John Wiley and sons, 2014, pp. 375-404; Michael GREENACRE, *Correspondence analysis in practice*, 2.ª ed., Boca Raton, CA [etc.], Chapman and Hall, 2007, pp. 137-144.

(24) Vid. Alan AGRESTI, *Analysis of ordinal categorical data*, ob. cit., p. 10.

para nuestra escala sumatoria: 0,0069, 0,0652, 0,2378 y 0,6795. Al mismo tiempo, esto rechaza que esta variable pueda analizarse mediante mínimos cuadrados ordinarios al violar una asunción clave de este enfoque sobre la distribución de la variable dependiente.

Sea como fuere, nuestros análisis ridit y de correspondencia justifican el recurso a tratar nuestra variable firmeza como ordinal, con cuatro categorías de respuesta. El motivo es que, para cada nivel, [nivel 1:]  $\tau_0 \leq y^* < \tau_1$ ; [nivel 2:]  $\tau_1 \leq y^* < \tau_2$ ; etc. (25). De este modo puede adelantarse que se cumple una de las asunciones de nuestro enfoque analítico. Nuestra estrategia al mismo tiempo permite mediciones que no se basan en una única variable, lo cual parece una ventaja decisiva por modesta que sea, como es nuestro caso (26).

## 2.2.2 INSEGURIDAD

Nuestra variable independiente, tal y como se especifica en  $H_1$ , es la *inseguridad económica*. El cuestionario del estudio CIS3257 incluye cinco preguntas sobre la situación económica personal y nacional: «Para empezar, refiriéndonos a la situación económica general de España, ¿cómo la calificaría Ud.: muy buena, buena, regular, mala o muy mala?» (P01); «¿Cree Ud. que la situación económica actual de España es mejor, igual o peor que hace un año?» (P02); «¿Cree Ud. que dentro de un año la situación económica de España

(25) Joseph M. HILBE, *Logistic regression models*, Boca Raton, Ca. [etc.], CRC Press, 2009, p. 355.

(26) Para evaluar de modo formal la validez y la consistencia lógica de nuestra variable dependiente procedente de una escala formada por dos variables originales ordinales, contamos con el *Estudio sobre la validez de medidas de firmeza e inseguridad (VFeI2020)*. En el mismo, se administró un cuestionario a una muestra de conveniencia mediante la aplicación EnKlikAnketa (1KA). La encuesta estuvo abierta unas 15 horas entre el 16 y el 17 de enero de 2020 y el tamaño muestral fue de 489 observaciones. Cuenta con ítems con la misma redacción de P29 y P30 del estudio CIS3257, denominados P5 y P6 en VFeI2020. La variable firmeza20 se ha creado siguiendo la misma lógica sumatoria que para firmeza, sumando P5 y P6. También existen en VFeI2020 medidas adicionales de firmeza (P1-P4). Es posible, por lo tanto, valorar la validez de firmeza/firmeza20 utilizando estas medidas adicionales P1-P4 tanto de modo individual; como reduciendo su información a una única variable ACPI-4 mediante un análisis de componentes principales categórico. Mediante tablas de contingencia se puede contrastar la hipótesis nula de que no existe una asociación entre firmeza20 por una parte y P1-P4 por otro; y nuestras pruebas rechazan aquéllas en todos los casos. En segundo lugar, la información de P1-P4 se puede reducir mediante un análisis de componentes principales categórico y producir un único componente ACPI-4. Firmeza/firmeza20 correlaciona de modo elevado con ACPI-4 ( $r$  de Pearson=0,45,  $p < 0,0005$ ; Tau-b de Kendall=0,376,  $p < 0,0005$ ; rho de Spearman=0,447,  $p < 0,0005$ ,  $N=474$ ).

será mejor, igual o peor que ahora?» (P03); «¿Cómo calificaría Ud. su situación económica personal en la actualidad: muy buena, buena, regular, mala o muy mala?» (P04); «¿Cree Ud. que dentro de un año su situación económica personal será mejor, igual o peor que ahora?» (P05). Como puede observarse, dos de las preguntas cuentan con cinco categorías de respuesta y tres con tres, todas ellas ordenables. Los mismos o semejantes ítems han sido utilizados en otras investigaciones para medir los sentimientos de inseguridad a nivel individual (27). Podemos hipotetizar que estos cinco ítems son indicadores de nuestra variable independiente. Así, procederemos a reducir la información mediante un análisis de componentes principales categórico de naturaleza exploratoria (28).

Algunas de las decisiones metodológicas más importantes de este análisis son las siguientes: se han estimado dos dimensiones, si bien sólo se ha utilizado la primera para los análisis; el nivel de escalamiento ha sido el óptimo ordinal; la ponderación de las variables, uno en todos los casos; el método de discretización seguido ha sido el de agrupación (normal), según las categorías de respuesta observadas; mientras que el de normalización ha sido el principal de variable. Sólo se han utilizado datos con información completa (N=2294). El análisis arroja un alfa de Cronbach total de 0,84; la primera dimensión tiene un autovalor de 2,038 y explica un 40,764 por ciento de la varianza; mientras que para la segunda se llega respectivamente al 1,007 y al 20,148. La contribución individual de las variables observadas al autovalor total (y, por lo tanto, a la varianza explicada) es superior en todos los casos a los 0,55 puntos ( $\geq 0,57$ ), con la excepción de P5 (=0,408). Finalmente, las cargas son superiores o iguales a 0,54 en la primera dimensión. Se han guardado las puntuaciones de los objetos creando una nueva variable continua de sentimientos de inseguridad que será utilizada en los análisis de regresión del presente artículo. Puntuaciones más elevadas implican sentimientos de inseguridad más elevados.

### 2.2.3 Variables de control, sociodemográficas y agregada

Dos variables cuya relación con la firmeza goza de bastante, aunque no unánime, respaldo empírico son la ideología y el nivel educa-

---

(27) Alfonso SERRANO MAÍLLO, «Actitudes hacia la pena de muerte en un país abolicionista. Un test de la teoría de los sentimientos de inseguridad», *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 15, 2013, pp. 14-17.

(28) Jörg BLASIUS y Victor THIESEN, *Assessing the quality of survey data*, Los Angeles, CA [etc.], Sage, 2012, pp. 41-46.



tivo. Comencemos por la primera, que es medida mediante la pregunta habitual, también en el caso del CIS: «Cuando se habla de política se utilizan normalmente las expresiones izquierda y derecha. En esta tarjeta hay una serie de casillas que van de izquierda a derecha. ¿En qué casilla se colocaría Ud.?» (P34). De las diez respuestas sustantivas posibles, que se muestran en una tarjeta, 1 representa el valor de izquierda máximo y 10 el de derecha.

P42 y P42a miden el nivel formativo en el CIS3257. Las respuestas a ambas respuestas se codifican en 16 categorías nominales. Para su empleo como control en análisis de regresión es preciso, como mínimo, imponer un orden en las mismas. El resultado es una variable ordinal con seis categorías (29). El CIS recoge en sus datos su propia medida ordinal, también de seis escalones, del nivel de estudios, el cual se asocia de modo muy elevado con la aquí propuesta (correlación de Pearson = 0,891;  $p < 0,0005$ ;  $N = 2939$ ). Puntuaciones más elevadas indican mayor formación o nivel de estudios.

P19 interrogaba del modo que sigue: «¿Ha sido Ud. víctima de algún delito durante los últimos diez años?». Se trata, desde un punto de vista sustantivo, de una dicotomía: no (= 0) o sí (= 1). La potencial influencia de este factor sobre la firmeza sobre el delito es habitualmente estudiada ya que es intuitivamente plausible esperar que quien ha sido víctima de algún delito albergue actitudes menos benévolas frente a los infractores. También intuitivamente, esta asunción está especialmente justificada para daños recientes, en el caso de delitos serios y violentos y, quizá, cuando la victimación afecta también a terceros próximos, si bien la pregunta del CIS es más general.

Aparte de su atractivo intuitivo, algunas teorías conceden un rol a la Administración de Justicia (AJ) en la explicación de la firmeza frente al delito (30). El cuestionario del estudio CIS3257 incluye algunas preguntas (P20-P22) que permiten estimar la desconfianza en la AJ a nivel individual. En concreto, se demanda una respuesta sobre su funcionamiento en el momento de la entrevista, sobre su funcionamiento en comparación con el pasado y sobre la confianza que inspira en la población. Las redacciones concretas eran las siguientes: «¿Cómo considera Ud. que funciona actualmente la Administración

(29) La recodificación ha seguido las siguientes reglas: 1=0-2; 2=3-5; 3=6-7; 4=8-9; 5=10-12; y 6=13-15. Los datos entre paréntesis se refieren a las categorías originarias, que ya se ha mencionado en el texto que están medidas a nivel nominal.

(30) Tapio LAPPI-SEPPÄLÄ, «Confianza, bienestar y confianza política. Explicación de las diferencias en materia de política penal», en *Procesos de infracción de normas y de reacción a la infracción de normas: dos tradiciones criminológicas. Nuevos estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez* (Alfonso SERRANO MÁLLO y José Luis GUZMÁN DÁLBORA eds.), Madrid, Dykinson, 2008, pp. 355-359.

de Justicia en España: muy bien, bien, [regular,] mal o muy mal?» (P20); «Y en comparación con hace unos años (cuatro o cinco), ¿diría Ud. que el funcionamiento de los tribunales de Justicia es ahora mejor, igual o peor que entonces?» (P21); y «¿Cree Ud. que en España el/la juez/a inspira a la gente mucha, bastante, poca o ninguna confianza?» (P22). Estos ítems ofrecen, como vemos, entre 3 y 5 categorías sustantivas de respuesta que pueden ordenarse. Puesto que se asume que estos ítems son indicadores de una variable unidimensional no observada, se ha procedido a reducir su información mediante un análisis de componentes principales categórico de dos dimensiones; con un escalamiento óptimo ordinal; ponderación uno; agrupación (normal); y normalización principal de variable; siempre para datos con información completa (N = 2356) (31). El análisis arroja un alfa de Cronbach total de 0,942; la primera dimensión alcanza un autovalor de 1,9; mientras la segunda no pasa de 0,788. Las cargas son superiores o iguales a 0,654 en la primera dimensión. Con las puntuaciones de los objetos se ha creado una variable de desconfianza en la AJ. Puntuaciones más elevadas implican mayor desconfianza.

Finalmente se incorporan variables sociodemográficas comúnmente utilizadas en el estudio de la firmeza a nivel individual: estado civil (1 = casado en la actualidad; 0 = no casado, esto es en estado soltero, viudo, separado o divorciado) (P44), ingresos del hogar (con once tramos, desde «No tiene/n ingresos de ningún tipo» [= 1] a «Más de 6000 euros» al mes tras impuestos [= 11]) (P50) (32), edad estimada según los años cumplidos en el último cumpleaños (P41) y sexo (1 = hombre; 2 = mujer) (P40), así como religiosidad de acuerdo con P43 y P43a. Esta última variable se ha creado con la información de los dos ítems recién señalados y ha resultado en 7 niveles, desde quienes se declaran agnósticos, indiferentes, no creyentes o ateos (= 0) y quienes se declaran creyentes de alguna religión, pero no asisten nunca a misa ni a otro oficio religioso sin contar ceremonias sociales (= 1) hasta quienes afirman atender los oficios religiosos «Varias veces a la semana» (= 6). Se asume que puntuaciones más elevadas implican una mayor religiosidad.

(31) Jörg BLASIUS y Victor THIESEN, *Assessing the quality of survey data*, *ob. cit.*, pp. 41-46.

(32) Existe una fuerte asociación de esta variable con los ingresos de la persona entrevistada (P51) (correlación de Pearson=0,536;  $p < 0,0005$ ; N=1788) y con la estimación de clase social del CIS (P529) recodificada en cuatro niveles (clase alta o media alta; media, obreros cualificados; obreros no cualificados) (correlación de Pearson=-0,358;  $p < 0,0005$ ; N=1755).

También se utilizará el tamaño de la población en que reside el encuestado, con 7 posibles escalones, de 2000 habitantes o menos (=1) a más de un millón (=7). Se trata de una variable agregada.

### 2.3 Estrategia analítica: regresión ordinal (logit)

A modo de recapitulación, la Tabla 1 informa de los estadísticos descriptivos más importantes de las variables utilizadas en el presente estudio. En primer lugar, se presentan los de la variable dependiente, a continuación, los de nuestra variable independiente y finalmente los de las variables de control.

Tabla 1. *Principales estadísticos descriptivos de las variables empleadas en los análisis*

	N	Media	DT	Mín	Máx
Firmeza	2309	3,511	,733	1	4
Inseguridad	2294	0	1	-2,109	3,454
Desconfianza/AJ	2356	0	1	-2,606	1,866
Ideología	2488	4,486	2,08	1	10
N/Estudios	2940	2,705	1,393	1	6
Victimación	2948	,168	,374	0	1
E/Civil	2945	,517	,5	0	1
Ingresos	1795	6,188	1,757	1	11
Religiosidad	2883	1,748	1,64	0	6
Edad	2952	50,871	18,143	18	98
Sexo	2952	1,518	,5	1	2
Tamaño/Pob	2952	3,891	1,7	1	7

DT: desviación típica.

N: datos con información completa = 875.

La Tabla 1 muestra algo que ya sabemos: que nuestra variable dependiente firmeza frente al delito tiene cuatro categorías que son

ordenables. La naturaleza causal de nuestra hipótesis sustantiva ( $H_1$ ) exige comprobar si existe una asociación entre firmeza e inseguridad, controlando por el efecto de otras variables que podrían hacer confundir tal relación y revelarla causalmente espuria. La forma habitual de contrastar la asociación entre ambas variables en nuestra disciplina pasa por algún tipo de regresión, dependiendo de la distribución de la variable dependiente o respuesta. En algunas circunstancias tasadas es posible utilizar regresión lineal mediante mínimos cuadrados ordinarios en el caso de variables dependientes categóricas ordinales (33). Por ejemplo, cuando el número de categorías es como mínimo cinco y las distancias subyacentes entre ellas son iguales (34). Como vimos, sabemos por diversos enfoques analíticos que éste no es nuestro caso. El empleo injustificado de mínimos cuadrados ordinarios puede traducirse en hallazgos erróneos; exactamente igual que ceñirse a enfoques para variables nominales limita las opciones analíticas y reduce la potencia estadística (35).

En las últimas pocas décadas se han desarrollado herramientas analíticas específicas para el caso de variables respuesta medidas a nivel ordinal, incluida la regresión. Entre ellos puede mencionarse la regresión ordinal, también llamada logística ordinal, modelo de ventajas cumulativas y modelo de ventajas proporcionales. Puesto que la asunción de líneas paralelas es a menudo violada, se han desarrollado otras herramientas, pero puede decirse que nuestra primera opción es la estándar en ciencias sociales. La regresión ordinal (*logit*) es una extensión de los modelos para variables respuesta binarias. Asume la existencia de una variable continua subyacente que justifica que la observada tenga un orden. Normalmente la estimación se hace mediante máxima verosimilitud (36).

---

(33) Alfonso SERRANO MAÍLLO y Helmut KURY, «Insecurity feelings and punitivity: relationship in a national sample of adolescents and young adults in Spain», en *Fear of crime. Punitivity. New developments in theory and research* (Helmut KURY ed.), Bochum, Universitätsverlag Dr. N. Brockmeyer, 2008, pp. 329-333.

(34) John S. LONG, *Regression models for categorical and limited dependent variables*, Thousand Oaks, Ca. [etc.], Sage, 1997, p. 119.

(35) Alan AGRESTI, *Analysis of ordinal categorical data*, ob. cit., pp. 2-7.

(36) Alan AGRESTI, *Analysis of ordinal categorical data*, ob. cit., pp. 53-61; Joseph M. HILBE, *Logistic regression models*, ob. cit., pp. 353-369; John S. LONG, *Regression models for categorical and limited dependent variables*, ob. cit., pp. 114-125; Ann A. O'CONNELL, *Logistic regression models for ordinal response variables*, Thousand Oaks, Ca. [etc.], Sage, 2006, pp. 27-30.

### 3. RESULTADOS

La Tabla 2 muestra los resultados de nuestra regresión ordinal (logit) (37), cuya finalidad es la de contrastar nuestra solitaria hipótesis sustantiva. El modelo es significativo en su conjunto (Wald = 101,34; grados de libertad [gl] = 11;  $p < 0,0005$ ;  $N = 875$ ) (38). Su capacidad explicativa es modesta según los pseudocoefficientes de determinación (por ejemplo, pseudo $R^2$  de Cox-Snell = 0,13). Como era de esperar, los puntos de corte, muy desiguales, descartan la aplicabilidad de los mínimos cuadrados ordinarios (39). En nuestra parametrización, los cortes o umbrales son los negativos de los interceptos (40). Existen algunas violaciones de las asunciones del modelo, sobre las que volveremos más abajo. Una pluralidad de procedimientos avala que no se ha violado la esencial asunción de líneas paralelas o de proporcionalidad de las ventajas a lo largo de las categorías de respuesta: por ejemplo, LR  $\text{Chi}^2 = 29,41$ ; gl = 22; no significativo (NS);  $N = 875$  (41).

Un problema serio de nuestro modelo es el de la pérdida de datos. Puesto que nuestro análisis de regresión ordinal recurre a observaciones con información completa, termina por emplear únicamente 875 de las 2952 posibles en un escenario ideal, lo cual representa el uso del 29,69 por ciento de toda la muestra, o bien la pérdida del 70 por ciento de la misma. Este es un problema grave que exige algún tipo de

---

(37) El modelo de regresión ordinal parece el preferible entre varias alternativas analíticas como los modelos lineales generalizados (GLM) para variables dependientes ordinales en su versión ordinaria (BIC = 1502,349) y en la propuesta por WILLIAMS (a) (gologit2) (BIC = 1506,765). Ni el apoyo para  $H_1$  ni ninguno de nuestros hallazgos principales cambia a lo largo de estas estimaciones alternativas.

(a) Richard WILLIAMS, «Generalized ordered logit/partial proportional odds models for ordinal dependent variables», *Stata Journal*, 6, 2006, pp. 58-82; el mismo, «Using heterogeneous choice models to compare logit and probit coefficients across groups», *Sociological Methods and Research*, 37, 2009, pp. 531-559; el mismo, «Fitting heterogeneous choice models with oglm», *Stata Journal*, 10, 2010, pp. 540-567.

(38) LR  $\text{Chi}^2 = 121,35$ ; gl = 11;  $p < 0,0005$ ;  $N = 875$ , para modelo con errores típicos estándar.

(39) John S. LONG, *Regression models for categorical and limited dependent variables*, ob. cit., pp. 115 y 118.

(40) Joseph M. HILBE, *Logistic regression models*, ob. cit., p. 356.

(41) Ann A. O'CONNELL, *Logistic regression models for ordinal response variables*, ob. cit., p. 44. Lo mismo se obtiene con el test de Brant a nivel global ( $\text{Chi}^2 = 23,31$ ; gl = 22; NS;  $N = 875$ ) e individual (para todas las variables del modelo, NS); y mediante Wald ( $\text{Chi}^2 = 14,63$ ; gl = 20; NS;  $N = 875$ ).

acción correctora (42). Dejando de lado esta importante complicación, nada evidente arroja dudas sobre el modelo.

A nivel individual, el análisis de regresión ordinal de la Tabla 2 arroja pruebas favorables a  $H_1$ : *según los individuos experimentan más inseguridad económica, también tienden a albergar actitudes más firmes frente al delito*. La tabla informa de los coeficientes y sus intervalos de confianza y las razones de las ventajas utilizando errores típicos robustos, si bien en realidad éstos apenas cambian más que de modo testimonial en relación con los estándar (verbigracia, para inseguridad, estos últimos son 0,084 frente a los 0,089 de la versión robusta). Existen muchas formas de interpretar los resultados, con las razones de las ventajas entre las más habituales (43). De acuerdo con las mismas (RV = 1,26), para cada unidad en que se incrementa la inseguridad, se produce un incremento del 26 por ciento en la ventaja de tener una puntuación 4 en firmeza en comparación con la puntuación 3; o bien en la ventaja de 3 frente a 2; o de 2 frente a 1.

Tabla 2. *Regresión ordinal: Firmeza frente al delito*

	<b>Coficiente (ETR)</b>	<b>RV</b>	<b>IC al 95% para coef.</b>	
Inseguridad	,231 (.089)**	1,26	,057	,405
Ideología	,189 (.042)***	1,208	,107	,272
N/Estudios	-,347 (.066)***	,707	-,475	-,218
Victimación	NS		-,675	,092
Desconfianza/AJ	,341 (.082)***	1,407	,18	,502
E/Civil	NS		-,273	,375
Ingresos	NS		-,027	,197
Religiosidad	NS		-,021	,207
Edad	NS		-,019	,004
Sexo	,365 (.152)*	1,44	,066	,663

(42) Alfonso SERRANO MAÍLLO, «El problema de los datos perdidos y su tratamiento en los análisis cuantitativos en ciencias sociales. La imputación múltiple», en *Procesos de infracción de normas y de reacción a la infracción de normas: dos tradiciones criminológicas. Nuevos estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez* (Alfonso SERRANO MAÍLLO y José Luis GUZMÁN DÁLBORA eds.), Madrid, Dykinson, 2008, p. 166.

(43) John S. LONG, *Regression models for categorical and limited dependent variables*, ob. cit., pp. 120 y 138-142.

	<b>Coficiente (ETR)</b>	<b>RV</b>	<b>IC al 95% para coef.</b>	
Tamaño/Pob	NS		-,063	,1
corte 1	-4,42 (,678)***		-5,75	-3,091
corte 2	-1,697 (,549)***		-2,773	-,621
corte 3	-,007 (,546) NS		-1,078	1,064
N	2196			
pR2 McFadden	,079			
pR2 Nagelkerke	,157			
pR2 Cox-Snell	,13			
pR2 McKelvey-Zavoina	,179			
AIC	1433,537			
BIC	1500,376			

\*:  $p < 0,05$ ; \*\*:  $p < 0,01$ ; \*\*\*:  $p < 0,0005$ ; NS: no significativo.

RV: razón de las ventajas.

ETR: errores típicos robustos.

IC: intervalo de confianza.

Como es habitual fuera del modelo lineal, la interpretación no sólo es difícil, sino poco intuitiva (44). El Gráfico 1 puede ser de ayuda a tal fin (45). El mismo refleja la probabilidad de cada una de las cuatro categorías de nuestra variable ordinal firmeza dependiendo del nivel de inseguridad –controlando por el resto de variables. Como puede observarse, incluso una puntuación baja en inseguridad y, por lo tanto, una ausencia de sentimientos de inseguridad marcados, lo más probable es que se corresponda con la categoría 4 de nuestra variable dependiente, esto es la de máxima punitividad. Esto no es sorprendente puesto que, como se dijo, en las interrogaciones del CIS existe un cierto sesgo hacia este extremo de las actitudes frente al delito. Al mismo tiempo, según aumenta la inseguridad, la categoría número 4 se hace más y más probable hasta superar el 0,8 hacia el final de la distribución, alrededor de 3 desviaciones típicas por encima de la media. El resto de categorías más benévolas, por el contrario, siguen

(44) Tim F. LIAO, *Interpreting probability models. Logit, probit, and other generalized linear models*, Newbury Park, CA, Sage, 1994, pp. 1-2.

(45) Joseph M. HILBE, *Logistic regression models, ob. cit.*, p. 369.

el camino contrario: se hacen menos y menos probables según aumenta la inseguridad. Puesto que la categoría más benévola (= 1) está integrada por muy pocos individuos ( $N=31$ ; porcentaje= 1,34) es normal que en cada caso su presencia en el gráfico sea prácticamente testimonial –lo cual no excluye, en todo caso, su descenso monótono con el aumento de la inseguridad, incorporándose poco a poco a una probabilidad prácticamente de cero–. Como ya se advirtió tanto al explorar P29 como a la hora de construir nuestra variable dependiente combinando P29 y P30 –esto es una relativamente baja capacidad discriminativa–, también el Gráfico 1 apunta a la posibilidad de tratar firmeza como una dicotomía. Aunque volveremos sobre este punto, no importa insistir en que nuestra opción metodológica utiliza toda la información que ofrece el cuestionario CIS3257. Sea como fuere, además de facilitar la interpretación de nuestros hallazgos, el Gráfico 1 confirma el respaldo a  $H_1$ .

La Tabla 3 muestra numéricamente las probabilidades predichas para las cuatro categorías de firmeza según la media de inseguridad y varias distancias típicas por encima y debajo (46). La interpretación es la misma que la del Gráfico 1, quizá con algo más de precisión. Al mismo tiempo, puede afirmarse que existe una diferencia estadísticamente significativa entre la probabilidad predicha para firmeza = 4 para el valor de una desviación típica por debajo (intervalo de confianza al 95 por ciento = 0,5875 0,6839) y por encima (= 0,6872 0,7821) de la media de la variable independiente inseguridad (= 0).

---

(46) Tim F. LIAO, *Interpreting probability models...*, ob. cit., pp. 43-45.



Gráfico 1. Probabilidad de categoría según inseguridad: Firmeza

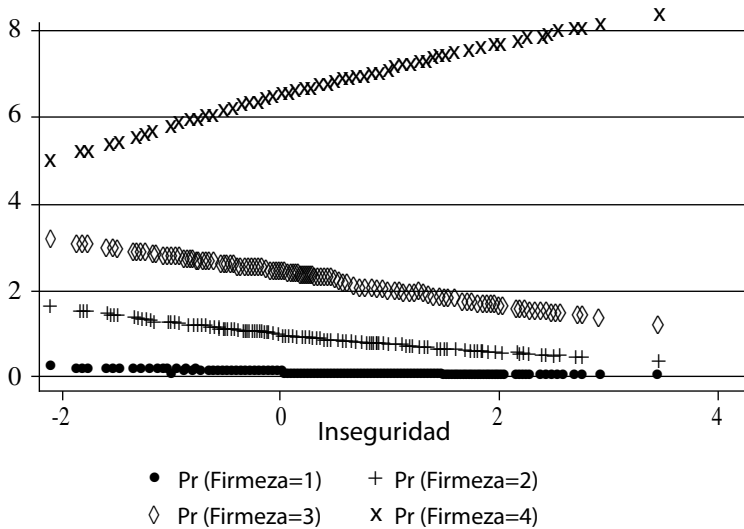


Tabla 3. Probabilidades predichas según varios valores estandarizados de inseguridad: Firmeza frente al delito

	Inseguridad					
	-2 DT	-1 DT	Media	1 DT	2 DT	3 DT
Pr(Firmeza=1)	,009	,007	,006	,004	,004	,003
Pr(Firmeza=2)	,109	,089	,072	,058	,047	,038
Pr(Firmeza=3)	,302	,268	,235	,203	,173	,145
Pr(Firmeza=4)	,581	,636	,683	,735	,777	,8145

DT: desviación típica.

Como se ha repetido, el apoyo a  $H_1$  se ha obtenido controlando el efecto de algunas importantes variables. De ellas, cuatro se revelan como predictores estadísticamente significativos de la firmeza. En primer lugar, la ideología política: según los individuos tienen una ideología más conservadora o de derechas, más firmes se muestran frente

al delito (coeficiente=0,189;  $p < 0,0005$ ). En segundo lugar, el nivel de estudios: según los individuos tienen un nivel educativo más elevado, menos firmes o más benévolos se muestran frente al delito (coeficiente = -0,347;  $p < 0,0005$ ). En tercer lugar, la desconfianza en la Administración de Justicia: según los individuos tienen más desconfianza en la AJ, más firmes se muestran frente al delito (coeficiente=0,341;  $p < 0,0005$ ). Por último, nuestro análisis de regresión ordinal relaciona de modo estadísticamente significativo el sexo con la firmeza en el sentido de que las mujeres puntuarían más alto en nuestra variable dependiente (coeficiente=0,365;  $p=0,017$ ). Ninguna de las variables restantes alcanza la significación estadística, de modo que no existen pruebas de que se encuentren asociadas a la firmeza en nuestro estudio a nivel multivariante –incluida la religiosidad, sobre la que algo más habrá que decir más abajo–.

Como se adelantó, existen pruebas de alguna violación de las asunciones del modelo de regresión ordinal. Existen para empezar varios *outliers* u observaciones desviadas, quizá puntos de influencia (47). Puesto que la regresión ordinal es en realidad un modelo de ecuaciones múltiples (48), para la detección de las observaciones desviadas es preciso realizar varias regresiones logísticas (lógicamente, tantas como categorías tenga la variable dependiente menos una) y calcular dichas observaciones para cada una de ellas. De este modo se detectan varios posibles casos, pero cuando se repite el análisis de regresión ordinal removiendo aquellos con puntuaciones estandarizadas (de Pearson) de dos o superior, los resultados apenas muestran alteraciones dignas de mención. La más notoria es que, ahora y al nivel  $\alpha=0,5$ , la religiosidad predice de modo estadísticamente significativo y positivo la firmeza (coeficiente = 0,206; error típico [ET]=0,071;  $p=0,004$ ;  $N=793$ ). Existen algunos indicios de heterocedasticidad, presumiblemente relacionada (en exclusiva) con la variable desconfianza en la AJ. Repetidos los análisis mediante regresión ordinal logística heterocedástica (49), los resultados coinciden con los ordinarios sin que haya nada digno de mención (50). Otras pruebas y estadísticos descartan violaciones evidentes de otras asun-

(47) Alan AGRESTI, *Analysis of ordinal categorical data*, ob. cit., pp. 73-74.

(48) Joseph M. HILBE, *Logistic regression models*, ob. cit., p. 357.

(49) Richard WILLIAMS, «Fitting heterogeneous choice models with oglm», *Stata Journal*, 10, 2010, pp. 541-545.

(50) El parámetro adicional Insignia para desconfianza es estadísticamente significativo ( $p=0,027$ ;  $N=875$ ).

ciones del modelo. Verbigracia, número condición = 15,48 (51); factores de inflación de la varianza  $\leq 1,603$ ; test de Lipsitz, NS (52).

Pasemos ahora a nuestro principal reto: el de la pérdida de datos. Como se dijo, es imprescindible llevar a cabo algún tipo de acción correctora para de algún modo minimizar la gran pérdida de datos cuando se utilizan los que tienen información completa. Una posibilidad consiste en la imputación múltiple (53). La misma parte de la

---

(51) David A. BELSLEY, Edwin KUH y Roy E. WELSCH, *Regression diagnostics. Identifying influential data and sources of collinearity*, New York, John Wiley, 1980, p.100-105.

(52) Morten W. FAGERLAND y David W. HOSMER, «A goodness-of-fit test for the proportional odds regression model», *Statistics in Medicine*, 32, 2013, pp. 2236-2237.

El test de Box-Tidwell apunta a una violación de la asunción de linealidad en el logit para la variable desconfianza en la AJ ( $p$  para el término incorporado al modelo desconfianza en la AJ  $\cdot \ln[\text{desconfianza en la AJ}] < 0,01$ ;  $N = 496$ ), vid. Ann A. O'CONNELL, *Logistic regression models for ordinal response variables*, ob. cit., p. 44. Al realizar este test para varias variables, se eleva la probabilidad de alcanzar el umbral de  $p < 0,05$  de modo azaroso. Aunque esto último puede corregirse, la literatura apunta, para mayor seguridad, varias formas alternativas de someter a prueba la hipótesis de linealidad en el logit, siempre para el caso de la variable antes referenciada. Para el modelo bivariado, el test de Tukey-Pregibon sólo es significativo de modo marginal ( $p$  para  $\hat{\theta}^2 = 0,092$ ;  $N = 1897$ ); mientras que el test de residuos parciales que sugiere Joseph M. HILBE, *Logistic regression models*, ob. cit., pp. 85-87, para la regresión logística tampoco es concluyente (gráficos no mostrados). Ulteriores comparaciones entre modelos binarios sugieren que el origen de nuestra preocupación con desconfianza en la AJ procede de la baja frecuencia de observaciones en firmeza = 1 (Ann A. O'CONNELL, *Logistic regression models for ordinal response variables*, ob. cit., p. 47), pero al margen de este supuesto concreto no existen fuentes adicionales evidentes de preocupación. Puesto que, en todo caso, no podemos descartar la infracción de esta asunción, procedemos a evaluar sus potenciales efectos primero repitiendo los análisis eliminando la variable de control problemática; y después repitiendo el modelo completo con funciones de enlace distintas de logit, siguiendo siempre a la literatura (Joseph M. HILBE, *Logistic regression models*, ob. cit., p. 84). La primera opción, poco ortodoxa si los controles se seleccionan desde un punto de vista teórico, no arroja ninguna diferencia digna de mención respecto a los análisis ordinarios ni a nivel global ni al de  $H_1$  (coeficiente para inseguridad = 0,271; ETR = 0,077;  $p < 0,0005$ ;  $N = 1004$ ); como tampoco lo hacen los análisis ordinales probit (coeficiente para inseguridad = 0,122; ETR = 0,052;  $p < 0,05$ ;  $N = 875$ ), loglog complementario (coeficiente para inseguridad = -0,158; ETR = 0,067;  $p < 0,05$ ;  $N = 875$ ) (a) y otras funciones de enlace. Esto sugiere, como se ha apuntado en el texto, que si existe una violación de la asunción de linealidad en el logit no tiene que ver con nuestra variable independiente sino con un control; y, si existe, carece de efectos en nuestras estimaciones.

(a) Esta opción se ha realizado recodificando firmeza del modo que sigue: 4=0; 3=1; 2=2; 1=3. Esto explica el cambio en el signo del coeficiente.

(53) Donald RUBIN, *Multiple imputation for nonresponse in surveys*, New York [etc.], Wiley and sons, 1987, *passim*.

matriz de covarianzas y trata de maximizar las observaciones empleadas en los análisis sin alterar en lo fundamental dicha matriz. El procedimiento de imputación se debe repetir en diversas ocasiones y extraer una estimación media de los parámetros, para a continuación, en nuestro caso, regresar firmeza sobre nuestro campo de variables independiente, de control y sociodemográficas mediante el procedimiento ordinal común. El procedimiento de imputación recurre igualmente a un procedimiento de regresión, en el que unas variables se emplean para imputar los valores perdidos en otras. En nuestro caso, hemos comenzado por eliminar aquellas observaciones para las que no existe información en la variable dependiente, ya que algunos autores no aconsejan imputar en la misma (54). Esto deja 2309 casos, que pasan a constituir ahora nuestro máximo muestral potencial. Las variables que más datos pierden son inseguridad, desconfianza en la AJ, ideología, religiosidad y, sobre todo y como era de esperar por el contenido de la interrogación, ingresos. Estas son las variables cuyos datos perdidos van a imputarse. Para facilitar esta labor no sólo contamos con nuestras variables ya conocidas, incluidas en el modelo de regresión ordinal, como sexo, edad y tamaño del municipio, que cuentan con información para todas las observaciones, sino que pueden incorporarse otras adicionales o pasivas, cuyo empleo se circunscribe a la imputación. Aquí hemos añadido a tal fin P6 (situación política general de España) (media = 3,911; desviación típica [DT] = 0,878; Mín = 1; Máx = 5; N = 2214) y P14 (probabilidad de votar en las próximas elecciones) (media = 8,256; DT = 2,913; Mín = 0; Máx = 10; N = 2214). Son variables con 5 y 11 posibles categorías de respuesta sustantiva respectivamente y con pocos datos perdidos ellas mismas.

Nuestro ejercicio ha realizado 100 imputaciones y su semilla de aleatorización ha sido 26711. La eficiencia relativa del procedimiento ha sido para cada variable superior al 0,996. Como resultado, el análisis de regresión ordinal con datos imputados utiliza 2196 observaciones, que representan el 74,37 por ciento del total muestral y el 95,11 por ciento de nuestro máximo total potencial una vez que se decidió no imputar los datos perdidos en firmeza. Este último dato, inferior al 10 por ciento, es asumible. Aunque en lo esencial este nuevo ejercicio no altera ni el apoyo a  $H_1$  ni el resto de nuestros hallazgos más importantes, existe alguna matización que recomienda mostrar los resultados. Esto es lo que hace la Tabla 4.

---

(54) Paul D. ALLISON, *Missing data*, Thousand Oaks, CA [etc.], Sage, 2002, p. 11.

Tabla 4. *Regresión ordinal con imputación de datos perdidos: Firmeza frente al delito*

	<b>Coefficiente (ET)</b>
Inseguridad	,151 (.057)**
Ideología	,147 (.027)***
N/Estudios	-,193 (.038)***
Victimación	NS
Desconfianza/AJ	,341 (.082)***
E/Civil	NS
Ingresos	NS
Religiosidad	,095 (.036)**
Edad	NS
Sexo	NS
Tamaño/Pob	NS
corte 1	-3,88 (.391)***
corte 2	-1,557 (.351)***
corte 3	-,078 (.348) NS
N	2196

\*\* $p < 0,01$ ; \*\*\* $p < 0,0005$ ; NS: no significativo.

ET: error típico.

Como puede observarse en la Tabla 4, nuestro análisis de regresión ordinal con imputación de datos perdidos arroja de nuevo evidencia favorable a  $H_1$  ya que nuestra variable independiente inseguridad se relaciona de modo positivo con la firmeza (coeficiente = 0,151;  $p = 0,008$ ; intervalo de confianza [IC] al 95% = 0,039 0,264;  $RV = 1,164$ ), controlando por el efecto de diversas variables. La desconfianza en la AJ, la ideología y el nivel de estudios vuelven a predecir la firmeza al nivel  $\alpha = 0,0005$ . Hasta aquí, pues, ninguna novedad digna de mención, salvo por los cambios en los coeficientes. Sin embargo, el sexo pierde en estos nuevos análisis su significación estadística ( $p = 0,422$ ), lo cual marca una diferencia respecto a los ordinarios. A nivel bivariado, el sexo predice la firmeza al nivel  $\alpha = 0,05$  tanto en un análisis de regresión ordinal (coeficiente = 0,174; errores

típicos robustos [ETR]=0,085;  $p=0,041$ ;  $N=2309$ ) como en un análisis global mediante tablas de contingencia ( $\text{Chi}^2=10,06$ ;  $gl=3$ ;  $p=0,018$ ;  $N=2309$ ). Sin embargo, cuando se solicitan los residuos de Haberman, se descubre que apenas en dos de las ocho celdas existe una diferencia entre la frecuencia esperada y observada significativa desde un punto de vista estadístico (en  $c_{1,2}$  y  $c_{2,2}$ ; residuos corregidos tipificados= $12,51$ ), lo cual carece de una interpretación clara. Esto rechaza cualquier confianza en que, en nuestro estudio, las mujeres sean más firmes frente al delito que los hombres. Otro cambio que se observa en comparación con los análisis ordinarios es algo que ya apareció cuando éstos se repetían removiendo los valores desviados: la religiosidad predice la firmeza en sentido positivo (coeficiente= $0,095$ ;  $p=0,008$ ; IC al 95%= $0,025$   $0,165$ ). Dicho con otras palabras, según los individuos son más religiosos, también tienden a ser más firmes frente al delito. Lo mismo se encuentra a nivel bivariado (coeficiente= $0,17$ ; ETR= $0,03$ ;  $p<0,0005$ ;  $N=2257$ ).

Podemos todavía hacer un último esfuerzo para reforzar, en su caso, nuestra confianza en las pruebas sobre  $H_1$  y en el resto de hallazgos. Como se señaló más arriba, la pregunta 29 del cuestionario del estudio CIS3257 podría tratarse como una dicotomía si sus categorías «Son muy duras» y «Lo justo» se consideran indistinguibles. Esta sugerencia invita a repetir nuestros análisis para esta nueva variable dependiente de firmeza (media= $0,72$ ; DT= $0,449$ ; Mín= $0$ ; Max= $1$ ;  $N=2497$ ), en la que el valor más elevado es indicativo de mayor firmeza. Los resultados de un análisis regresión logística (55) con las mismas variables independiente, de control y sociodemográfica que la ordinal (Wald= $90,38$ ;  $gl=11$ ;  $p<0,0005$ ;  $N=928$ ; test de Hosmer y Lemeshow, NS; pseudocoefficiente de determinación= $0,104$ ) son casi idénticos a los originarios en la significación y los signos de los coeficientes, reforzando por lo tanto nuestra confianza en los mismos. Una vez más y como pronostica  $H_1$ , la variable inseguridad es un predictor estadísticamente significativo de la firmeza en su versión de P29 dicotomizada (coeficiente= $0,2$ ; ETR= $0,091$ ;  $p=0,028$ ; RV= $1,222$ ) (56): a mayor inseguridad, mayor firmeza. Desconfianza en la AJ (coeficiente= $0,5$ ; ETR= $0,087$ ; RV= $1,567$ ), ideología (coeficiente= $0,171$ ; ETR= $0,046$ ; RV= $1,187$ ) y nivel de estudios (coeficiente= $-0,383$ ; ETR= $0,067$ ; RV= $0,682$ ) conservan su significación estadística al nivel alfa= $0,0005$  y, como vemos, los signos de sus coeficientes. Ni

(55) Joseph M. HILBE, *Logistic regression models*, ob. cit., pp. 397-313.

(56) La misma conclusión para inseguridad y, por lo tanto, para  $H_1$  se extrae de análisis con imputación de datos perdidos: coeficiente= $0,158$ ; ET= $0,058$ ;  $p=0,006$ ;  $N=2477$ .

sexo ni religiosidad ni ninguna otra variable predice la firmeza en este modelo (57).

#### 4. DISCUSIÓN

La presente investigación tiene como objeto someter a contrastación la teoría de los sentimientos de inseguridad explicativa de la firmeza a nivel individual. A tal fin hemos contrastado una hipótesis derivada de la misma mediante datos obtenidos por el CIS en su Barómetro de julio de 2019 (CIS3257). Este estudio tenía la ventaja de incluir dos indicadores categóricos válidos de firmeza, medidos en ambos casos a nivel ordinal: P29 y P30. Puesto que una de las principales limitaciones de la investigación sobre firmeza, que es una variable latente continua, es el empleo de variables únicas, poder contar con dos es un avance, aunque todavía muy limitado. La naturaleza categórica de estas variables representa un reto analítico. Aquí hemos combinado las categorías de P29 y P30 mediante técnicas de escalas sumatorias. El resultado de las mismas, nuestra variable dependiente, ha sido sometida a una serie de comprobaciones que favorecen su validez, si bien apuntan a la relativa proximidad entre sí de las categorías 1-3 en comparación con la 4, lo cual procede de la relativa proximidad de las dos categorías más benévolas de P29. Puesto que análisis de regresión logística coinciden con los originarios, esta segunda advertencia carece de relevancia analítica práctica en el presente estudio. Nuestra escala sumatoria incrementa tanto la fiabilidad como la precisión frente al empleo de preguntas únicas (58).

Nuestros resultados arrojan pruebas favorables a  $H_1$ : *según los individuos experimentan más inseguridad económica, también tienden a albergar actitudes más firmes frente al delito*. Aunque hemos visto que el modelo de regresión ordinal tenía algunas consideraciones incluso serias, una revisión de las mismas no arroja dudas evidentes sobre nuestra conclusión. De este modo, la teoría de los sentimientos de inseguridad vuelve a salir reforzada de esta nueva

---

(57) Puede argüirse que la variable que merece la pena dicotomizar es firmeza (1-3=0; 4=1), pero los análisis de regresión logística con esta variable dependiente coinciden en todo lo relevante con los reportados en el texto para la versión dicotómica de P29. De hecho, ambas variables se encuentran fuertemente asociadas entre sí, como no podía ser de otra manera ( $p$  para  $\chi^2 < 0,0005$ ; tau b de Kendall = 0,815;  $N = 2309$ ).

(58) Paul E. SPECTOR, *Summated rating scale construction...*, ob. cit., pp. 4-6.

prueba. Puede decirse que la misma es respaldada por un importante cuerpo de evidencia empírica, en particular en nuestro país (59).

En efecto, Costelloe y sus asociados escriben que «la inseguridad económica tiene un rol que desempeñar [...] en la comprensión de las actitudes punitivas hacia los criminales». Hogan y sus colegas reseñan que «la expectativa de encontrarse en peores circunstancias financieras el próximo año en comparación con el presente se relacionaba con la punitividad, pero sólo entre las mujeres y las minorías y no entre los hombres blancos, en nuestra muestra». King y Maruna encontraron que las ansiedades económicas en sentido amplio eran un sólido predictor de la punitividad individual en su modelo multivariante completo. Utilizando datos del CIS y propios, y mediante análisis de regresión logística y ordinal y recurriendo a un modelo log-lineal con variables latentes, yo mismo pude establecer que estimaciones de situación económica predicen de modo estadísticamente significativo la postura sobre la pena de muerte y otras medidas más complejas de firmeza frente al delito (60).

Además de contrastar  $H_1$ , nuestro estudio arroja indicios indirectos sobre algunos correlatos de la punitividad o firmeza frente al delito a nivel individual. A nivel comparado, es habitual incluir edad y sexo en los modelos. Aquí no hemos encontrado una conexión entre edad y firmeza. Aunque existen sospechas de que los individuos de mayor edad tienden a ser más punitivos (61), las pruebas sobre este elemento

---

(59) Alfonso SERRANO MAÍLLO, «Actitudes hacia la pena de muerte en un país abolicionista...», *ob. cit.*, pp. 20-21; el mismo, *Firmeza frente al delito y comunidad en la modernidad reflexiva*, *ob. cit.*, pp. 223 y 384; Alfonso SERRANO MAÍLLO y Helmut KURY, «Insecurity feelings and punitivity...», *ob. cit.*, p. 340.

(60) Michael T. COSTELLOE, Ted CHIRICOS y Marc GERTZ, «Punitive attitudes toward criminals...», *ob. cit.*, p. 44; Michael J. HOGAN, Ted CHIRICOS y Marc GERTZ, «Economic insecurity, blame, and punitive attitudes», *Justice Quarterly*, 22, 2005, pp. 403-404; Anna KING y Shadd MARUNA, «Is a conservative just a liberal who has been mugged?: Exploring the origins of punitive views», *Punishment and Society*, 11, 2009, p. 160; Alfonso SERRANO MAÍLLO, *Firmeza frente al delito y comunidad en la modernidad reflexiva*, *ob. cit.*, pp. 382-383. Con evidencia contraria a la teoría de los sentimientos de inseguridad, por ejemplo, Alexa J. SINGER, Cecilia CHOUNHY, Peter S. LEHMAN, Jessica N. STEVENS y Marc GERTZ, «Economic anxieties, fear of crime, and punitive attitudes in Latin America», *Punishment and Society*, 2019.

(61) Kimberly J. COOK, *Punitiveness and public opinion on abortion and capital punishment in the United States*, Ann Arbor, MI, UMI, 1994, pp. 122 y 126; Dominic KELLY, «Punish or reform? Predicting prison staff punitiveness», *The Howard Journal*, 53, 1, 2014, p. 59.



son más bien mixtas ya que existen igualmente hallazgos en sentido opuesto (62) y nulos (63).

Tampoco hemos encontrado una conexión estable, robusta entre sexo y firmeza. Las mujeres parecen ser significativamente menos punitivas que los hombres en la investigación comparada (64). Así, en su revisión de la literatura, Applegate y sus asociados mantienen la existencia de una «brecha de género» a lo largo de la «mayoría de los resultados», si bien recogen una amplia heterogeneidad de hallazgos e insisten en que el efecto de esta variable no debe exagerarse y que sólo explica «un modesto porcentaje de la variación en las actitudes» (65). De nuevo, sin embargo, existen excepciones a la habitual asociación entre ser hombre y actitudes más firmes frente al delito y no faltan estudios que reportan hallazgos opuestos –los hombres serían menos firmes–, nulos o inconcluyentes (66).

Otro hallazgo habitual en la investigación comparada y que hemos replicado en el presente estudio es que una menor educación o formación predice una mayor firmeza (67). También se han reportado en

---

(62) Joseph O. BAKER y Alexis L. BOOTH, «Hell to pay: religion and punitive ideology among the American public», *Punishment and Society*, 18, 2, 2016, p. 162.

(63) Gila CHEN y Tomer EINAT, «The relationship between criminology studies and punitive attitudes», *European Journal of Criminology*, 12, 2, 2015, pp. 179-180; Shange JIANG, Deping XIANG, Qi CHEN et al., «Public support of community corrections in China», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 59, 7, 2015, p. 784; Alfonso SERRANO MAÍLLO, «Actitudes hacia la pena de muerte en un país abolicionista...», *ob. cit.*, p. 19; el mismo, *Firmeza frente al delito y comunidad en la modernidad reflexiva*, *ob. cit.*, p. 222.

(64) Joshua C. COCHRAN y Alex R. PIQUERO, «Exploring sources of punitiveness among German citizens», *Crime and Delinquency*, 57, 4, 2011, p. 558; James D. UNNEVER y Frank T. CULLEN, «White perceptions of whether African Americans and Hispanics are prone to violence and support for the death penalty», *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 49, 4, 2012, p. 534.

(65) Brandon K. APPLGATE, Frank T. CULLEN y Bonnie S. FISHER, «Public views toward crime and correctional policies. Is there a gender gap?», *Journal of Criminal Justice*, 30, 2002, pp. 91 y 97.

(66) Wing H. CHUI y Kevin K. CHENG, «A comparison of attitudes toward prisoners of religious and non-religious college students in Hong Kong», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 59, 10, 2015, p. 1074; Alfonso SERRANO MAÍLLO, «Actitudes hacia la pena de muerte en un país abolicionista...», *ob. cit.*, p. 29; el mismo, *Firmeza frente al delito y comunidad en la modernidad reflexiva*, *ob. cit.*, pp. 222, 383-385 y 437-438.

(67) Karen GELB, *Sentencing matters. Predictors of punitiveness: community views in Victoria*, Melbourne, Sentencing Advisory Group, 2011, pp. 14 y 17; James D. UNNEVER y Frank T. CULLEN, «Reassessing the racial divide in support for capital punishment: the continuing significance of race», *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 44, 1, 2007, p. 140; Alfonso SERRANO MAÍLLO, «Actitudes hacia la

diversas publicaciones hallazgos nulos (68). La explicación, entre otras posibles, está lejos de ser clara: puede ser que se trate de individuos con más información, más críticos, que detecten mejor el componente de deseabilidad social de la interrogación, que tiendan a adoptar valores postmateriales, etc. (69).

Otro de nuestros hallazgos acerca del cual existe una gran coincidencia, como en el anterior, es que el conservadurismo es un predictor positivo de la firmeza frente al delito (70), aunque de nuevo pueden hallarse en la investigación comparada resultados nulos (71). De nuevo, la explicación podría relacionarse con una mayor tendencia a la crítica, a la deseabilidad social o a los valores postmateriales.

En nuestro estudio no hemos encontrado pruebas estables y sólidas de que el grado de religiosidad, estimado según la autoconsideración subjetiva de si se es creyente y el grado de participación en ceremonias religiosas, prediga la firmeza frente al delito. La investigación empírica informa tanto de hallazgos igualmente nulos (72) como

---

pena de muerte en un país abolicionista...», *ob. cit.*, p. 21; el mismo, *Firmeza frente al delito y comunidad en la modernidad reflexiva*, *ob. cit.*, pp. 222 y 385.

(68) Joshua C. COCHRAN y Alex R. PIQUERO, «Exploring sources of punitiveness among German citizens», *Crime and Delinquency*, 57, 4, 2011, p. 558; James D. UNNEVER y Frank T. CULLEN, «White perceptions of whether African Americans and Hispanics are prone to violence and support for the death penalty», *ob. cit.*, p. 534.

(69) Las posibles explicaciones son especulativas. Puesto que existe una tendencia diferencial a ofrecer respuestas socialmente deseables, que muestren una buena imagen, entre las variables que afectan a la misma podría encontrarse el nivel de educación bien porque la tendencia sea superior a niveles más altos de educación o bien porque la percepción de que una demanda de respuesta puede afectar a la imagen que se transmite podría estar más aguzada a niveles más altos de educación. Los valores postmateriales, que se relacionan con el nivel educativo, se contraponen en el trabajo de Inglehart a los valores materiales. Los segundos enfatizan el bienestar material y la seguridad física, así como la confianza en las elites dirigentes; mientras que los primeros se orientan hacia la calidad de vida y la individualidad y rechazan dejarse dirigir por las elites, desafiándolas, vid. Ronald INGLEHART, *Modernization and post-modernization. Cultural, economic, and political change in 43 societies*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1997, pp. 108-130.

(70) Brett GARLAND, Eric WODAHL y Lisa COTA, «Measuring public support for prisoner reentry options», *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 60, 12, 2016, pp. 1415-1416; Alfonso SERRANO MAÍLLO, «Actitudes hacia la pena de muerte en un país abolicionista...», *ob. cit.*, p. 29.

(71) Joshua C. COCHRAN y Alex R. PIQUERO, «Exploring sources of punitiveness among German citizens», *Crime and Delinquency*, 57, 4, 2011, p. 558; Shange JIANG, Deping XIANG, Qi CHEN *et al.*, «Public support of community corrections in China», *ob. cit.*, p. 784; Alfonso SERRANO MAÍLLO, *Firmeza frente al delito y comunidad en la modernidad reflexiva*, *ob. cit.*, p. 385.

(72) Eric G. LAMBERT, Sudershan PASUPULETI, Sihanje JIANG *et al.*, «Views on the death penalty among college students in India», *Punishment and Society*, 10, 2, 2008, pp. 2013 y 2016.

de asociaciones significativas desde un punto de vista estadístico en sentido positivo (73).

Nuestro estudio también ha encontrado que una mayor desconfianza en la Administración de Justicia se asocia con una mayor firmeza. Esta variable no es tan habitual en la investigación empírica criminológica a nivel individual. Es posible que quienes desconfían de la AJ lo hagan precisamente porque creen que es demasiado benévola con los infractores, o bien que esta desconfianza sea una dimensión de un constructo de confianza/desconfianza de orden superior y que la misma constituya una causa de la firmeza/benevolencia hacia el delito.

La presente investigación no es ajena a serias limitaciones que podrían cuestionar alguno de los hallazgos. Para empezar y como es habitual, aunque hemos podido combinar dos ítems en la estimación de la firmeza, lo cierto es que esta información sigue siendo muy limitada. Naturalmente, estudios generales de encuesta como los Barómetros del CIS es muy difícil que puedan incluir varios indicadores válidos de la que aquí es nuestra variable respuesta. Además de ello, la orientación concreta de las preguntas hacia tipos de comportamientos graves y poco representativos («delitos de especial gravedad, con uso de violencia») y de delincuentes serios («mutirreincidentes, es decir, los/as que cometen delitos varias veces») probablemente ha sesgado las respuestas hacia las categorías más firmes, con la consecuencia de que la variabilidad ha podido verse reducida. Pese a ello, sería injusto dejar de reconocer la labor de CIS al proporcionar datos de calidad para la investigación en ciencias humanas y sociales, en particular con preguntas como las que hemos podido emplear aquí. Otra limitación sería es que hemos contado únicamente con medidas sobre inseguridad *económica*. Aunque hubiera sido deseable haber dispuesto de indicadores de otras dimensiones, nuestra teoría considera que la inseguridad es un constructo unidimensional (74). Establecida la asociación entre firmeza e inseguridad; y asumiendo que la segunda difícilmente puede ser una causa de la primera –esto es que el orden temporal probablemente sea el especificado por la teoría de los sentimientos de inseguridad–; la protección de nuestros análisis frente a un problema de espuriedad ha sido limitada. En particular, se echan de menos medidas sobre valores, concretamente materiales/postmaterias-

---

(73) Joseph O. BAKER y Alexis L. BOOTH, «Hell to pay...», *ob. cit.*, pp. 162-165; James D. UNNEVER y Frank T. CULLEN, «Reassessing the racial divide in support for capital punishment...», *ob. cit.*, p. 140; Alfonso SERRANO MAÍLLO, *Firmeza frente al delito y comunidad en la modernidad reflexiva*, *ob. cit.*, p. 445.

(74) Alfonso SERRANO MAÍLLO, *Firmeza frente al delito y comunidad en la modernidad reflexiva*, *ob. cit.*, p. 166.

les (75): los mismos son causas de actitudes más benévolas hacia el delito según la teoría extendida de los sentimientos de inseguridad (76), con un efecto mayor que la inseguridad –aunque con el hándicap de su lentitud a la hora de cambiar. Ahora bien, habiendo advertido esto sin ambages, el test de Lipsitz para nuestro modelo completo no es significativo al nivel habitual (estadístico = 14,876;  $gl=9$ ;  $p=0,0944$ ;  $N=875$ ), lo cual sugiere que el modelo es correcto y que no hay pruebas de una violación de la asunción de correcta especificación (77).

## 5. CONCLUSIONES

La presente investigación ha contrastado una hipótesis derivada de la teoría de los sentimientos de inseguridad con datos del CIS en su Barómetro de julio de 2019 (CIS3257). Los resultados mediante regresión ordinal y logística arrojan pruebas favorables a  $H_1$ : según los individuos experimentan más inseguridad económica, también tienden a albergar actitudes más firmes frente al delito. Este apoyo es robusto y controla por el efecto de importantes variables. Puesto que existen muchas pruebas procedentes de bases de datos distintas y obtenidas mediante herramientas analíticas diferentes, al menos para el caso de España, los sentimientos de seguridad deberían controlarse en futuros estudios empíricos que deseen evitar problemas de especificación. Nuestro estudio también ofrece pruebas sobre ulteriores correlatos de la firmeza a nivel individual: ideología, nivel de estudios y desconfianza en la Administración de Justicia predicen la firmeza de modo estadísticamente significativo.

En segundo lugar, nuestro estudio ha contrastado nuestra hipótesis sustantiva sin tener que recurrir a una única pregunta. Es cierto que el avance no ha sido excesivo –apenas se han empleado dos–, pero sí es significativo: el doble. De ello se espera una reducción del error, un aumento de la potencia estadística y una mayor precisión en las estimaciones (78). Futuras investigaciones que tengan entre sus objetivos someter a prueba teorías explicativas de la punitividad deberían incluir

---

(75) Ronald INGLEHART, *Modernization and postmodernization. Cultural, economic, and political change in 43 societies*, *ob. cit.*, p. 108-114.

(76) Alfonso SERRANO MAÍLLO, *Firmeza frente al delito y comunidad en la modernidad reflexiva*, *ob. cit.*, pp. 175-176.

(77) Morten W. FAGERLAND y David W. HOSMER, «A goodness-of-fit test for the proportional odds regression model», *ob. cit.*, p. 2236.

(78) Paul E. SPECTOR, *Summated rating scale construction...*, *ob. cit.*, pp. 4-6.

varias preguntas para la medición de la misma. Lamentable, aunque comprensiblemente, esto es difícil de hacer en estudios generales de encuesta como los que realiza el CIS.

Por último, es importante no olvidar que la mayor parte de las variables observadas originales procedentes de encuestas como las del CIS están medidas a nivel nominal o como mucho ordinal. Así las cosas, a menudo no es posible aplicar técnicas estadísticas cuyas exigencias sobre el nivel de medición y la distribución no se cumplen, aunque en la práctica no sea inhabitual. Pues bien, es preciso, por un lado, tomar las variables categóricas, en nuestro caso ordinales, en serio; y, por otro, utilizar toda la información que ofrezcan (79).

---

(79) Alan AGRESTI, *Categorical data analysis*, 2.<sup>a</sup> ed., Hoboken, NJ, John Wiley and sons, 2002, pp. 367-369.

# Antecedentes normativos del sistema de individualización científica

ENRIQUE SANZ DELGADO  
Prof. Titular de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

## RESUMEN

*El sistema de individualización científica recogido en la Ley General Penitenciaria española, encuentra antecedentes normativos en los primeros años del siglo XX, en un modelo de ejecución penal innovador, que rompía con el diseño del régimen progresivo de condenas implantado en España y en otras naciones. Se abordan en este trabajo aquellas novedosas reformas, las normas que las integraron, y las huellas que dejaron y hoy se advierten en la normativa vigente.*

*Palabras Clave: Sistema penitenciario; Ley penitenciaria española; Individualización científica; Régimen progresivo; Tratamiento penitenciario; Sentencia indeterminada.*

## ABSTRACT

*The scientific individualization system included in the Spanish General Penitentiary Law, finds normative antecedents in the first years of the 20th century, developing an innovative penitentiary system, which broke with the classic progressive regime design, implemented in Spain and in other nations. This work deals with those novel reforms, about the laws that included them up, and the traces they left and today are noticed in the current regulations.*

*Keywords: Prison/Penitentiary System; Spanish Prison Law; Scientific Individualization; Progressive Regime; Penitentiary Treatment; Prison Treatment, Indeterminate Sentence.*

SUMARIO: Introducción.–I. La huella doctrinal y normativa de Rafael Salillas.–II. El Decreto de 18 de mayo de 1903.–III. El ambiente profesional y la recepción de la novedad.–IV. La reforma de 1968 y el tratamiento penitenciario. Una breve aproximación hacia el presente.–V. La integración de la herencia salillista en la Ley y el Reglamento penitenciario.

## INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP), cumplía recientemente cuarenta años de una muy digna vigencia, y aunque necesitada de reformas y de actualización a la realidad de la ejecución penal del siglo XXI, pudiera afirmarse que, en múltiples aspectos, aún goza de una relativa buena salud, a salvo de los embates que ha sufrido en elementos estructurales de su sistema, tras la llegada de reformas que con el nuevo siglo la desnaturalizaron, afectando a instituciones vertebrales y a algunos de sus principios esenciales. Si la más reciente reforma, del año 2015, vino a modificar el sentido del «cuarto grado penitenciario», el principal de tales gravámenes aparecía tres lustros atrás, con la promulgación de la regresiva Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro de las penas (1), normativa que permitió una reforma involucionista en

(1) *Vid.*, al respecto de la trascendencia de dicha regresiva reforma, entre otros: TÉLLEZ AGUILERA, A., «La reforma del Código penal y sus implicaciones penológicas», en *La Ley Penal Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 1, 2004, pp. 30 y ss.; el mismo: *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Edisofer, Madrid, 2006, pp. 63 y 65 (nota 167); el mismo: «La necesaria reforma de la Ley Penitenciaria», en Consejo General del Poder Judicial (Castro Antonio, J. L. Dir.): *Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*, Cuadernos de Derecho Judicial, XXII, 2006, p. 377; el mismo: «Prisión permanente y libertad condicional suspensiva como reformas perturbadoras del sistema penitenciario», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra 2019, p. 343; SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*. Edisofer, Madrid, 2003, pp. 15 (nota), 25 y 286; el mismo: «La reforma introducida por la regresiva Ley Orgánica 7/2003 ¿Una vuelta al siglo XIX?», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º Extraordinario 2, 2004, pp. 195 y ss.; RENART GARCÍA, F., *La libertad condicional. Nuevo régimen jurídico (adaptada a la L.O. 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro de las penas)*. Edisofer, Madrid, 2004, *passim*; CERVELLÓ DONDERIS, V., «Los nuevos criterios de clasificación penitenciaria», en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 8, monográfico 25 años de la Ley General Penitenciaria, septiembre 2004, p. 12; BUENO ARÚS, F., «Influencia de las reformas legislativas en la intervención penitenciaria», en VV.AA.,

materia penal y penitenciaria. Especialmente, por razón de la modificación del artículo 36.2 del Código penal, con la consecuente introducción «a la francesa» del período de seguridad exigible para el acceso al régimen abierto de los condenados a penas superiores a 5 años. Se quebraba entonces el fundamento que residía en un precepto cardinal de nuestro sistema penitenciario, en el nuclear artículo 72 LOGP, y ello nos devolvía a un pasado legislativo protagonizado por los criterios informadores del denominado régimen progresivo de cumplimiento de condenas, con antecedentes históricos decimonónicos que atendemos en estos párrafos.

Señalados con prioridad algunos límites y desventajas del sistema progresivo por el principal protagonista de estas páginas, D. Rafael Salillas y Panzano, será el mismo polímata, crítico y reformador, hasta entonces intérprete del pasado y prelegislador, quien con su iniciativa e influencia administrativa e institucional, en los primeros años del siglo xx, atisbaría y anunciaría un futuro posible, anticipando con su modelo que denominó tutelar correccional un sistema penitenciario de contenido rupturista, innovador, similar en su engranaje y en sus principios esenciales al que hoy contemplamos en la normativa en vigor, destinado ya por entonces al tratamiento reformador de los penados, antecedendo a los procedimientos de flexibilidad en la clasificación y a los fines de reeducación y reinserción social.

El vigente y vertebral (2) artículo 72 de nuestra Ley Penitenciaria de 1979 vino a establecer una definitiva orientación, en el momento de su promulgación, en su número primero: *«Las penas privativas de la libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad*

---

*25 años de Ley General Penitenciaria. Ayer, hoy y mañana. 3.ª Jornadas de la Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias*, Cáceres, 2005, pp. 34-36; LÓPEZ PEREGRIN, C., «La pena de prisión en España tras las reformas de 2003 y los fines de la pena», en *Revista Electrónica Trimestral Ámbito Jurídico*, n.º 6, 2005 (Disponible en: [https://www.upo.es/export/portal/com/bin/portal/upo/profesores/mcloppe/profesor/1213878047702\\_la\\_pena\\_de\\_prision\\_en\\_espaxa.pdf](https://www.upo.es/export/portal/com/bin/portal/upo/profesores/mcloppe/profesor/1213878047702_la_pena_de_prision_en_espaxa.pdf)); LLOBET ANGLÍ, M., «La ficticia realidad modificada por la Ley de Cumplimiento Íntegro y Efectivo de las Penas y sus perversas consecuencias», en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 1/2007, pp. 11 y ss.; SOLAR CALVO, P., «Consecuencias de la Ley Orgánica 7/2003 en el ámbito penitenciario», en *Diario La Ley* n.º 7238, Sección Doctrina, 10 de septiembre de 2009; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Un análisis de las estrategias contra la superpoblación penitenciaria en España a la luz de los estándares europeos», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 20-05 (2018), p. 21 (Disponible on line: <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-05.pdf>).

(2) Que, en términos del gran especialista Abel Téllez, «recoge la herencia Salillana». Cfr: TÉLLEZ AGUILERA, A., *Derecho penal. Parte General. Un estudio crítico desde la práctica judicial*. Edisofer, Madrid, 2015, p. 647.



*condicional, conforme determina el Código penal*». Pero esta idea y el término «individualización científica», que vino a insertarse en la legislación orgánica de la mano del principal redactor de la misma, encuentra un origen o antecedente focalizado tres cuartos de siglo atrás; etimología que ha desvelado el legislador en diversas ocasiones: la primera, en el año 1991, en su obra *Los Presos jóvenes*, al final de la misma. Atendía entonces mi maestro, el profesor García Valdés, al primer intento infecundo de puesta en práctica del sistema tutelar correccional impulsado por Salillas en el Decreto de 18 de mayo de 1903, en su primera implantación en la regulación de la hasta entonces conocida como Escuela de reforma de Alcalá de Henares (3) para, advirtiendo las dificultades surgidas entonces y las resistencias al modelo, concluir afirmando: «La ideología tutelar salillista poco podía hacer, sino impregnar poco a poco, silenciosamente, casi por la puerta de atrás, algunos elementos de tratamiento, diluida en la vorá-gine de periodos carcelarios tasados, prisiones gradualmente clasificadas y automatismo en la ejecución de la condena. Poco podía hacer... , salvo, eso sí, esperar tiempos mejores» (4).

Tras aquel primer apunte, recordando el impulso de Salillas hacia una nueva dirección tratamental en la ejecución penal española, la inclusión en la norma del término «individualización científica» la explicaría, a modo de confidencia, el propio catedrático de Alcalá, por vez primera en 1998, en su intensa obra *Del Presidio a la Prisión modular*, como sigue: «Cuando en los debates de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, acerca de la vigente Ley General Penitenciaria, se encasquilló la discusión para buscar una palabra, y una idea, diferente a la denominación de «régimen progresivo» para el sistema de tratamiento de los internos, y hube de encontrar el término adecuado, me acordé de dos cosas: de Montesinos y Cadalso, decidiendo no arrumbarles; y de lo escrito por el maestro de Angüés (léase Salillas): en el actual artículo 72 figura, así, «individualización científica, separado en grados». Fue mi lealtad a nuestra mejor historia, a un término querido, compatible con mi homenaje a

---

(3) *Vid.*, al respecto de tal inserción normativa, la visión del Director de aquella escuela, quien habiendo sido alumno de la escuela de Criminología desde 1908, se refería al proceso individualizador, «al examen individual de cada uno de los jóvenes (...), con el exclusivo objeto de conocer al delincuente que se le confía para poder clasificarle y señalarle un tratamiento individual en armonía con su estado psíquico, con sus elementos de vida y, en una palabra, adecuado a su personalidad». *Cfr.* DE LAS HERAS, J., *La juventud delincuente y su tratamiento reformador* (Ed. original, 1927) Mod. Ed. Fundación Respuesta Social Siglo XXI, Madrid, 2008, p. 39.

(4) *Cfr.* GARCÍA VALDÉS, C., *Los presos jóvenes (Apuntes de la España del XIX y principios del XX)*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 134.

Salillas y el reconocimiento tardío de todos, aun, probablemente, sin muchos saberlo. Pero se deslizó en nuestra norma orgánica su pensamiento como lo hizo a lo largo de su obra: discretamente, poco a poco, casi sin darse cuenta, como un reflejo, mas con la firmeza y la entidad de la razón» (5). Una última justificación puede añadirse, en términos más recientes del otrora legislador: «faltaba la mención a la creación de Salillas, la ideología tutelar individualizadora, base del tratamiento» (6) (...), «pero la historia ignora las vueltas que la misma da. Tuvo que esperar setenta y seis años para hacerse realidad el sueño de aquel hombre modesto, criminólogo y penitenciario ejemplar. Hoy nuestra vigente Ley Orgánica habla del sistema «de individualización científica, separado en grados». Precisamente el recuerdo y el conocimiento del pasado me facilitaron dar con el término adecuado cuando escribí el precepto concreto que recoge la frase» (7). Dicho está por quien podía decirlo. Lo que viene de seguido es tan solo el detalle, en el contexto normativo de entonces y de ahora.

## I. LA HUELLA DOCTRINAL Y NORMATIVA DE RAFAEL SALILLAS

Se plantea, por ello y en adelante, un contenido contextual e historicista que atañe tanto a la etiología de la norma legal orgánica vigente, cuanto a los principios surgidos en los albores del siglo XX, que reno-

---

(5) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *Del presidio a la prisión modular. Ópera Prima*, Madrid, reimpresión 2009, p. 44; dando noticia de ello, SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario...*, ob. cit., p. 14; el mismo: «Dos modelos penitenciarios paralelos y divergentes. Cadalso y Salillas», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º extra 1, 2006 (Homenaje al Profesor Francisco Bueno Arús), p. 193; y, más recientemente, 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, año 2015, Secretaría General Técnica, Madrid, 2016, p. 164; NÚÑEZ, J.A., *Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria*. Universidad Carlos III de Madrid/Dykinson, Madrid, 2014, p. 40; o, en un merecido análisis sobre la obra y caracteres del legislador de 1979, al que brillantemente homenajeaba en su setenta cumpleaños, TÉLLEZ AGUILERA, A., *Vidas paralelas en el penitenciarismo europeo. De la unificación italiana a la transición española, a través de sus figuras señeras*. Edisofer, Madrid, 2017, pp. 73-84 (especialmente, pp. 83 y 84).

(6) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., «Recuerdos de memoria: cómo se elaboró la Ley Orgánica General Penitenciaria», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra 2019, 40 años de Ley General Penitenciaria, 2019, p. 34.

(7) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., «La legislación penitenciaria española. Orígenes y Ley Orgánica General Penitenciaria», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXVIII, 2015, p. 70.

vados terminaron inspirando nuestra Ley penitenciaria de 1979. El protagonismo lo encontramos, se ha dicho, en la renacentista persona de Rafael Salillas, cuya figura ha ofrecido constantes señales de altura científica más señaladas en el ámbito criminológico, pero también desde su perfil penitenciario (8) que reforzamos en estas líneas. La huella de su pensamiento y su reflejo en la norma penitenciaria se advierte profunda y clara todavía hoy. Como tuve ocasión de señalar, la prioridad del mismo en la órbita de la ejecución penal podría llegar incluso hasta la propia denominación de la disciplina objeto de estudio, que ya el galeno oscense nos anticipaba (9). Pronosticaba embriónariamente un concepto y una cierta autonomía de la normativa que creía que podía denominarse *Derecho penitenciario*, en referencia a las nuevas prácticas que advertía en otras legislaciones, y lo afirmaba aquel médico de prisiones, como ya apuntamos, un cuarto de siglo antes de explicitar aquel término autores de relieve como Novelli (10), D'Aniello (11) o Siracusa (12) en Italia, reivindicando Salillas la apli-

(8) *Vid.*, al respecto de sus iniciativas y resultados, SANZ DELGADO, E., «Rafael Salillas y Panzano penitenciarista», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Vol. LXV, 2012, pp. 155-177.

(9) *Vid.* SANZ DELGADO, E., «Rafael Salillas y Panzano penitenciarista...» *ob. cit.*, p. 167.

(10) *Vid.* NOVELLI, G., «L'autonomia del Diritto Penitenziario», en *Rivista di Diritto Penitenziario*, enero-febrero, 1933, pp. 6-7. La discusión acerca de la autonomía del Derecho penitenciario, la recogía el propio Novelli en el citado y ya clásico artículo, explicado brillantemente dicho momento histórico en TÉLLEZ AGUILERA, A., «Novelli y su tiempo. Una aproximación a los orígenes y al concepto de Derecho penitenciario», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 255, 2011, pp. 12-21; con anterioridad, *vid.*, entre otros, CUELLO CALÓN, E., *La moderna penología (represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución*, tomo I, Bosch, Barcelona, 1958, p. 11; BUENO ARÚS, F., «Sobre la autonomía del Derecho penitenciario», en *Estudios Penales y Penitenciarios*. Madrid, 1981, pp. 12 y ss.; GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*. 2.ª ed., Civitas, 1982 (reimpresión 1995), Madrid, p. 18; el mismo: *Teoría de la Pena*. Tecnos, Madrid, 1987, pp. 89 y 90; MAPELLI CAFFARENA, B., «La autonomía del Derecho penitenciario», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 11, Monográfico en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa, junio 1986, p. 453; más recientemente, MATA y MARTÍN R. M., *Fundamentos del sistema penitenciario*. Tecnos, Madrid, 2016, p. 105; si bien algún autor como Cano Mata, ha situado dicha reivindicación de tal carácter autónomo, en «los escritos de diversos autores de la segunda mitad del siglo XIX, cual lo demuestra el ataque de la Unión Internacional de Derecho Penal criticando a los segregacionistas que pretendían separar lo penitenciario de lo penal». *Cfr.* CANO MATA, A., «Derecho penitenciario administrativo: protección al recluso», en *Revista de Administración Pública*, n.º 76, 1975, p. 34.

(11) *Vid.* D'ANIELLO, M., *Appunti di Diritto Penitenziario*, La Toga, Napoli, 1934.

(12) *Vid.* SIRACUSA, F., *Istituzioni di Diritto Penitenziario*, Ulrico Hoepli, Milano, 1935, *passim*.

cación del régimen tutelar (13) correccional, surgido de su iniciativa. Con mayor detalle, tras dos años de estabilización normativa desde la instauración del sistema progresivo de cumplimiento de condenas en el año 1901, se promulgaban, de su mano, decretos trascendentes en la primera mitad del año 1903, introduciéndose primeramente su modelo en la penitenciaría para jóvenes de Alcalá de Henares (14); y así, con base en experiencias legislativas extranjeras y con referencia a tal modelo educativo y tutelar, Rafael Salillas vino a referirse al remanente administrativo que quedaría tras la evolución del Derecho penal hacia un Derecho nuevo, como sigue:

«En lo concerniente a la juventud el Derecho penal ya no existe, ni la prisión tampoco existe. La ha substituido un nuevo derecho y nuevas maneras de proceder. La tendencia significada de este modo hará definitivamente su camino y entonces el magistrado perderá muchos atributos que se integrarán más apropiadamente en el nuevo funcionario de Prisiones, transformándose el Derecho penal en lo que provisionalmente se podría llamar Derecho penitenciario. Si miráramos estas cosas en el sentido de la sentencia indeterminada, encontraríamos ya el vislumbre de la solución» (15).

El propio Salillas tomaba por entonces como base justificativa para su modelo, la citada realidad del establecimiento de Alcalá, denominada por entonces Escuela de reforma, si bien no respecto del régimen establecido desde el 17 de junio de 1901 (16), sino conforme a su regulación posterior, que ya llevaba su impronta, de 8 de agosto

---

(13) Terminología que coincidiría con la utilizada en esos años por Pedro Dorado, y que dejaba plasmada en DORADO MONTERO, P., *Bases para un nuevo Derecho Penal*. Barcelona, 1902, ed. 1923, p. 13, por la que se cita.

(14) A partir del Decreto firmado por el ministro Francisco de los Santos Guzmán, dado en San Sebastián a 8 de agosto de 1903, «disponiendo que el establecimiento reformativo de jóvenes delincuentes instituido en Alcalá de Henares, sea considerado como único para el cumplimiento de toda clase de condenas» —*Gaceta* de 11 de agosto—.

(15) Cfr. SALILLAS Y PANZANO, R., «El año penitenciario 1907», en *Revista penitenciaria*, Año V, tomo V, 1908, p. 45.

(16) A diferencia de lo que ha planteado RAMOS VÁZQUEZ, I., «El sistema de reformativo (*reformatory system*). Antecedentes, influencias y primeras experiencias en España», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXVIII, 2015, p. 176, quien hace referencia al Real Decreto de 17 de junio de 1901, al que conecta sin tino con la sentencia indeterminada, por cuanto, al margen de la confusión terminológica que mostraba la norma (pues en puridad, lo que establecía el artículo 21 de dicha normativa era una modalidad de régimen abierto y no una libertad condicional como hoy es entendida), en ningún caso ello era conforme a la sentencia indeterminada, pues se establecía (*ex art. 4.º*) el sistema irlandés o de Crofton, y puesto que esa transformación habría de llegar más tarde, ya en 1903, bajo el influjo del decreto salillista de 18 de mayo aquel año.

de 1903, que además de convertirlo –al menos nominativamente– en Reformatorio, se acercaba en su funcionamiento a los postulados del engranaje vertebral de su sistema: la clasificación indeterminada intramuros, mediante la aplicación del sistema tutelar correccional. Así, el artículo 4.º de dicha normativa de Alcalá señalaba: «El establecimiento reformativo se organizará conforme al régimen de tutela y tratamiento correccional establecido por Real Decreto de 18 de mayo último». Y, como segunda manifestación normativa, el mismo modelo tutelar correccional sería también implantado, esta vez para presos adultos, por Real Decreto de 18 de octubre de 1906, que suprimía el establecimiento penal de Tarragona, llevándose su población penal al castillo de San Fernando de Figueras, y cuyo nuevo artículo 4.º dispuso: «que se establezcan separaciones conforme al precepto de clasificación indeterminada preceptuado en el art. 6.º del Real decreto de 18 de mayo de 1903». La dinámica progresiva no se soslayaba *per se*, y el siguiente artículo 5.º de la misma normativa, aceptaba una suerte de progresividad y con ello antecedía a la mención a la división en grados del sistema del presente artículo 72 LOGP, al decirse en 1906: «El orden clasificativo preceptuado en el artículo anterior, se acomodará a una pauta progresiva...» La nueva tendencia legislativa no encontraría mayores asientos. Necesitada de asimilación y de la indispensable formación para su necesaria aplicación por el personal penitenciario, vería frenada su inercia y otras urgencias direccionaron la iniciativa administrativa. La traslación de los presidios norteafricanos (17) se convertiría, para entonces, en la prioridad.

En la clasificación indeterminada se advierte en cualquier caso un primer antecedente. Si el análisis individualizado del delincuente le servía a Salillas como medio necesario para la acción tutelar, la dinámica de la indeterminación, de la condena y de la clasificación, dependientes de dicho proceso de individualización, se había convertido en elemento clave y esencial de su modelo (18), que reivindicaba todavía en 1908, esto es, la adecuación de la fase de cumplimiento a las circunstancias del penado, sin necesidad del paso obligado de éste por cada etapa, cual era característica esencial del régimen progresivo. Aquella semilla dará sus frutos en el futuro, pues como se ha señalado mucho después con acierto, «el sistema de individualización científica sostiene que la premisa fundamental debe de centrarse en el penado y

---

(17) *Vid.*, por todos, SALILLAS, R., *La Traslación de los presidios de África y la reforma penitenciaria (historia palpitante)*. Imp. Bernardo Rodríguez, Madrid, 1906, *passim*.

(18) *Vid.* SANZ DELGADO, E., «Rafael Salillas y Panzano penitenciario...», *ob. cit.*, p. 162.

no en la duración de su condena» (19), y es que, como hemos afirmado en otra parte, «cuando hoy se revitaliza la vertiente clínica de la ciencia criminológica y se reafirma la idea tratamental (Cullen y Gilbert, Cullen y Jonson, Herrero Herrero), tras lustros de críticas, los postulados de Salillas resurgen y desvelan su prioridad científica» (20). El impulso, a primeros del siglo xx, de lo que podríamos denominar criterios de prevención especial positiva, elástica y flexible (21), con base en fundamentos científico-criminológicos.

Todo venía de un nuevo pensamiento social y penal, al que atendía y que interiorizaba Salillas. En aquellos últimos años del siglo xix y primeros del xx, se hizo presente un movimiento intelectual proveniente del positivismo criminológico, con alguna influencia francesa determinante (22), si bien con raíces propias, asimiladas de las doctri-

(19) Cfr. SERRANO PATIÑO, J.V., *El Derecho Penitenciario militar español*. Edisofer, Madrid, 2016, p. 133; característica también señalada por Mata y Martín al decir: «las condiciones y duración del internamiento no es una tasa previamente fijada, sino que dependerá de la evolución del penado». Cfr. MATA Y MARTÍN R.M., «Los orígenes de la formación criminológica en España: La escuela de criminología», en VV.AA., *Criminología Integrativa: contributos para una comunidade criminológica de lingua portuguesa* (Cândido DA AGRA/Marcus Alan de Melo GOMES, Orgs). Editora D'Plácido, 2018, p. 501.

(20) Cfr. SANZ DELGADO, E., «Rafael Salillas y Panzano...», ob. cit., p. 157. Al respecto, entre otros, vid. CULLEN, F.T./GENDREAU, P., «The Effectiveness of Correctional Rehabilitation. Reconsidering the «Nothing Works» Debate, en VV.AA. (Goodstein, et Al, eds.): *The American Prison*. Plenum Press, New York, 1989, pp. 23 y ss.; otorgando validez a los procedimientos meta-analíticos, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología* (Introducción. Modelos teóricos explicativos de la criminalidad. Prevención del delito. Sistemas de respuesta al crimen). 2.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 985-987; CULLEN, F.T./JONSON, C.L., *Correctional Theory. Context and Consequences*. London, 2012; CULLEN, F.T./GILBERT, K.E., *Reaffirming Rehabilitation*. 2.ª ed. Amsterdam, 2013; HERRERO HERRERO, C., *Tratado de Criminología Clínica*. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 550 y ss.

(21) Vid. SANZ DELGADO, E., «Rafael Salillas y Panzano...», ob. cit., p. 162.

(22) Vid. SALEILLES, R., *L'individualisation de la peine*. Félix Alcan, Paris, 1898 (2.ª ed. Traducción española, por Juan de Hinojosa, Madrid, 1914, por la que se cita). El propio Raymond Saleilles resaltaba la necesidad de sus criterios al hablar de la escuela clásica y su falta de individualización. Vid., ob. cit., pp. 91 y ss. Y expresa la exigencia de la que denomina «individualización administrativa», para seguir exponiendo lo referente a la duración de las condenas en estos expresivos términos, introductores de la sentencia indeterminada y del tratamiento individualizador: «la individualización administrativa comprende las dos cuestiones, la relativa al régimen y la relativa a su duración; pero veremos que de hecho sólo constituyen una. Es evidente que no se puede armonizar la regeneración moral con la certeza de una liberación a día fijo. Si la pena es, ante todo, una medida de reforma, un tratamiento moral, es imposible fijar su duración de antemano. No se puede prever el tiempo que exija rehacer una educación, y es tan absurdo limitar su duración a tantos meses o a tantos años, como absurdo sería que el médico, al declararse una enfermedad grave, preve-

nas correccionalistas de la segunda mitad decimonónica, y asentadas por entonces en el influyente entorno de la Institución libre de enseñanza (23); ideario que encontraba un apoyo en el pensamiento y en la obra de Pedro Dorado Montero (24), un pilar teórico al que se aferraría en sus manifestaciones Rafael Salillas (25). A partir de las ideas de

---

yese su curación a plazo fijo (...). Trátase de un estado casi siempre crónico, constitutivo de la psicología interna del individuo (...). No puede haber indeterminación respecto de la duración más que si hay adaptación apropiada e individualizada en cuanto al régimen. No se puede pretender mantener a nadie en la cárcel, o en otro establecimiento análogo, por una duración indeterminada, más que comprometiéndose a hacer el régimen a que se les somete un instrumento de reforma moral apropiada a su naturaleza (...). Cfr., ob. cit., pp. 347-351.

(23) Aunque un elemento característico de tal institución que preconizaba la libertad de pensamiento, que se alejaba de la doctrina católica educativa, hasta entonces imperante, no pareciera haber influido en el pensamiento técnico-penitenciario de Salillas, quien conocedor de la realidad antecedente en la historia penitenciaria, mantuvo en su sistema tutelar del Decreto de 1903 la conveniencia de la actuación del capellán en prisión. Algo similar tenía lugar en Elmira, modelo especialmente valorado entonces, donde se respetaba la creencia religiosa, habiendo en todo caso capellanes. Vid., al respecto, CADALSO, F., *Instituciones penitenciarias de los Estados Unidos*, Biblioteca Hispania. Madrid, 1913, p. 81; acerca de la labor de auxilio moral o espiritual de los capellanes en la historia penitenciaria española, Vid., por todos, SANZ DELGADO, E., «La asistencia religiosa en la ejecución penal hasta el siglo XX», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. XXV, 2009 pp. 215-238.

(24) Al respecto, el ilustre profesor de Salamanca sentaba las bases que validaban un mejor sistema penal en estos términos, tan similares a los aparecidos en la Exposición motivadora de la norma de mayo de 1903: «Individualizar la pena, el tratamiento penal, significa apartarse del proceder corriente en la administración de justicia criminal, donde lo que se hace es castigar, con arreglo a la ley, o lo que viene a ser lo mismo, con arreglo a una fórmula o receta general y abstracta (...). Individualizar el tratamiento penal significa hacer una determinación, lo más exacta posible, del que conviene al delincuente concreto Fulano, a diferencia de todos los demás delinquentes, para mejorarlo y adaptarlo a la vida ordenada y pacífica dentro del medio social en que se halla. Determinación que no puede hacerse, sino mediante un examen concienzudo del estado particular del paciente y del conjunto de las condiciones de que él mismo es un resultado. El conocimiento de las disciplinas (antropología general, psicología, sociología, antropología criminal, psicología criminal, sociología criminal) prestará a los futuros médicos sociales la indispensable capacidad para proceder al examen de referencia con el mayor acierto posible». Cfr. DORADO MONTERO, P., *Bases para un nuevo Derecho Penal...*, ob. cit., pp. 89 y 90.

(25) La influencia de Dorado Montero y el prestigio que tuviera en la órbita de la Institución Libre de Enseñanza, se dejó así sentir en autores como Salillas; y su doctrina penal, protectora, por ende, en los fundamentos teóricos que informarían la Escuela de Criminología. Manifestando tal vinculación, y haciendo referencia «al deseo de Giner de los Ríos y su grupo de vincular a Dorado Montero al cuerpo de profesores de la Escuela de Criminología», vid. CARRERAS PANCHÓN, A., «Rafael Salillas y Pedro Dorado Montero. Introducción a un epistolario», en VV.AA. (ALBARACÍN TEULÓN, A./LÓPEZ PIÑERO, J.M./GRANJEL, L.S. Eds.): *Medicina e Historia*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980, pp. 125-135; asimismo, GRAN-

Francisco Giner de los Ríos se había delineado, en palabras de Jiménez de Asúa, una nueva Penología (26). Cuarto de siglo más tarde, en la cátedra de aquél se creaba el que fuera llamado Laboratorio de Criminología (1899-1900), a cuyo frente encargado estuvo un dedicado Rafael Salillas, a quien Asúa ha considerado discípulo de Giner (27). Un pensamiento con eco trasatlántico, pues paralelo en el tiempo a dicha corriente española, se advertirá un movimiento similar en Argentina, de la mano de Antonio Ballvé (28) y José Ingenieros, autor de

---

JEL, L.S./SÁNCHEZ-GRANJEL SANTANDER, G., *Cartas a Dorado Montero*. Europa, Salamanca, 1985, pp. 11 y ss. Como señalan los últimos citados, el propio Dorado emitió a Salillas un esquema o proyecto «y que este coincidía, en sus líneas maestras, con el elaborado por Giner de los Ríos lo atestigua el contenido de la carta de Salillas de 14 de marzo de 1903 en la que con mal oculto alborozo le anuncia el efectivo reconocimiento legal de la Escuela». Cfr. GRANJEL, L.S./SÁNCHEZ-GRANJEL SANTANDER, G., *Cartas a Dorado...*, ob. cit., p. 18.

(26) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *El Criminalista*, 2.<sup>a</sup> serie, tomo VII, 1966, p. 14.

(27) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., Últ. ob. cit., p. 251.

(28) Entre 1904 y 1909, Antonio Ballvé, en su condición de Director de la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires, desde el 22 de octubre de 1904, encomendó a José Ingenieros un estudio sobre el régimen penitenciario que le serviría para impulsar y dirigir desde 1907 –por Decreto de 6 de junio de 1907– el Instituto de Criminología, como instituto independiente del cuerpo médico de la penitenciaría, y localizado (al igual que sucediera con la Escuela de Criminología en la Prisión celular de Madrid), en la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires. En la revista oficial del Instituto de Criminología, las publicaciones *Archivos y Revista de Criminología, psiquiatría y medicina legal*. Año XIV, 1927, p. 366, se recogía la iniciativa de Ballvé, presentando al poder ejecutivo la necesidad de crear una oficina técnica, donde se estudiase a los penados desde un punto de vista científico; asimismo, vid. DEL PONT, M., *Penología y sistemas carcelarios*. De Palma. Buenos Aires, 1982, p. 175; más recientemente, rescataba la relevante labor censal de Ballvé y las posiciones positivistas del momento, DOVIO, M., «Representaciones sobre la criminalidad en el primer censo carcelario argentino de 1906 a través de publicaciones editadas en la Penitenciaría Nacional», en *Revista Aequitas*. Vol. 3, 2013, pp. 89-117; asimismo, se ha venido a señalar que «Ballvé aseveraba que la pena debía ser un tratamiento individual, que reuniera una rehabilitación en el orden médico, social y psicológico del delincuente». Cfr. CALANDRIA, S./GONZÁLEZ, E., «Antonio Ballvé (1867-1909), una aproximación biográfica», en (Cesano, J.D./Núñez, J. A. Dirs.): *La penitenciaría Nacional de Buenos Aires/Antonio Ballvé*. Buena Vista. Córdoba, 2017, p. 28. En palabras de Ingenieros, «esta nueva institución científica es una brillante conquista de las tendencias médicas que han renovado los fundamentos mismos del derecho penal, coronando la obra iniciada por los alienistas y criminólogos de todos los países (...). El Instituto de Criminología no tiene funciones jurídicas, sino puramente científicas (...). Los trabajos del Instituto se han iniciado dentro de un programa amplio, abarcando en el estudio del delito todo lo que se refiere a la sociología, meteorología, antropología, psicología, estadística, sistemas penales y régimen penitenciario». Vid., al respecto, INGENIEROS, J., *Instituto de Criminología. Fundado en 1907*. Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional. Buenos Aires, 1911, p. 6. Se advierte así, en



raíces italianas, considerado el padre de la Criminología clínica en el país austral (29), quien, en un paralelismo con Salillas respecto de la Escuela de Criminología, se hiciera cargo del Instituto de Criminología instalado en la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires desde 1907.

Son los años finales del XIX y la sentencia indeterminada, trascendida por Zebulón Brockway desde la dirección del por entonces renombrado Reformatorio de Elmira, en Nueva York, y quizá inexactamente así llamada (30), pues más adecuado sería pena o condena indeterminada o indefinida (31), y que se daba probablemente a conocer en España, según Asúa, por Jerónimo Vida y Vilches (quien trocaba su cátedra de derecho penal de Salamanca con Pedro Dorado, para asentarse en Granada), y se convertía en el modelo que pudo mejor relacionarse con la idea tutelar correccional que impulsarían y defendieron, desde diferentes esferas, pero sustancialmente de acuerdo, Pedro Dorado Montero y Rafael Salillas (32). Dicho modelo, e incluso su

---

aquel momento, al igual que en España, la visión de la criminología como disciplina científica enfocada al entorno penitenciario. El pensamiento de José Ingenieros, tanto en lo relativo al sistema penitenciario como a la criminología aplicada a ese campo, puede verse en: INGENIEROS, J., *Sistema penitenciario*. Talleres gráficos de la penitenciaría nacional. Buenos Aires, 1911; y refiriéndose en un capítulo específico a la «reforma y reeducación de los delincuentes» y atendiendo a los Congresos internacionales, así como a la pena indeterminada, *Vid.*, el mismo (ya sin la G central italiana en su apellido): *Criminología*. Daniel Jorro Ed., Madrid, 1913, pp. 251 y ss., y 258 y ss.

(29) Citando la prioridad de Ingenieros, incluso señalada, en entrevista personal, por el propio Jean Pinatel, *Vid.* DEL PONT, M., *Penología y sistemas carcelarios...*, ob. cit., p. 175,

(30) *Vid.* ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*. Madrid, 1949 (2.ª ed. anotada y puesta al día por Hernández Guijarro, J.J., y Beneytez Merino, L. Akal, Madrid, 1986, p. 587.

(31) Así lo creían Barnes y Teeters, y en España Cuello Calón. *Vid.* BARNES, H.E./TEETERS, N.K., *New Horizons in Criminology*. 3.ª ed. Englewood Cliffs. Prentice-Hall, New Jersey, 1959, p. 428; CUELLO CALÓN, E., *La moderna penología...*, ob. cit., p. 52; sobre la sentencia indeterminada, su trayectoria y sus primeras modalidades americanas, *vid.* LINDSEY, E., «Historical Sketch of the Indeterminate Sentence and Parole System», en *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, Vol. 16, n.º 1, mayo 1925, pp. 9-69; institución así también denominada por Von Liszt. *Vid.* LISZT, F. Von: *Tratado de Derecho Penal*. Trad. de la 20.ª ed. alemana, por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho Penal español por Quintiliano Saldaña, tomo Segundo, 3.ª ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1926-40, pp. 26 y 27.

(32) Medio siglo después, Jiménez de Asúa, si bien no profundizando en la norma penitenciaria, contemplaba esa corriente y concluía visualizando una esperanza futura al afirmar: «Dorado Montero, como Salillas (...), trabajaron afanosamente inmersos en la ciencia, con la mirada fija en el futuro. Esto fue el ayer. ¿Qué será el porvenir? (...). Estamos convencidos de que un buen día las ideas de Dorado Montero brillarán en el cielo de España (...). La teoría de Dorado Montero será un día el Código del porvenir...». *Cfr.* JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *El Criminalista*, 2.ª serie, Tomo II, 1958, pp. 43 y 44. El nivel de autoexigencia, y de exigencia a los demás,

puesta en práctica en la ejecución como condena indeterminada (33) que, en palabras de Asúa, hace terminar la pena, por innecesaria, cuando la enmienda civil es un hecho probado» (34), se había fortalecido internacionalmente en la década que sería después llamada la edad de oro de la penología (35), planteándose como solución penal (36), o como una

---

característico de Dorado, fue señalado por Antón Oneca, una actitud similar a la de un incansable Salillas, quien hubo de afrontar diversas críticas (provenientes de Fernando Cadalso y su entorno de la Revista de Prisiones) por el nivel curricular que requería a los candidatos para matricularse como alumnos en la Escuela de Criminología. Vid. ANTÓN ONECA, J., «Apostillas a un libro sobre Dorado Montero», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 19, Homenaje a Dorado Montero, octubre-diciembre de 1971, p. 1671.

(33) El propio Salillas, todavía en 1918, en su obra evolutiva, expresaba cómo «la condena indeterminada, la mayor novedad penal, no significa la condena perpetua, ni siquiera la condena larga, sino la fijación del tiempo en virtud del sometimiento a régimen penitenciario, pudiendo resultar condenas brevísimas y condenas sin agotamiento: naturalmente que, en un régimen humano de sanatorio, no en el de reclusión más o menos aflictiva». Cfr. SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria en España*. Tomos I y II, Imprenta clásica española, Madrid, 1918, pp. 79 y 88, respectivamente.

(34) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *El Criminalista*, 2.ª serie, tomo VI, 1961, p. 73.

(35) En palabras de Howard Wines, recordando a Enoch C. Wines, es a partir del Congreso de Cincinnati cuando la era de la reforma penitenciaria en América puede ser justamente datada. Cfr. WINES, F.H., *Punishment and Reformation. A Study of the Penitentiary System. New Edition Revised and Enlarged by Winthrop D. Lane*. Thomas Y. Crowell Company. New York, 1919, p. 200; en términos más recientes de David Rothman, «una nueva penología», cuya idea clave era que «el destino de los presos debería situarse, en cierta medida, en sus propias manos». Cfr. ROTHMAN, D., «Correctional Theory in Crisis. America's Changing Context», en VV.AA. (CULLEN, F.T./JONSON, C.L. Dirs.): *Correctional Theory. Context and Consequences*. Sage Publications, London, 2012, p. 29.

(36) Dando Salillas noticia de los modelos penales que incorporaban dicha modalidad de cumplimiento de la pena y de las posibilidades que abría dicha solución penológica, que le servía para explicar su diseño normativo. Así, un año después de los renovadores decretos por él impulsados, en 1904, lo recoge en la *Revista penitenciaria*. Año I, tomo I, julio, 1904, en el apartado «Leyes penales», haciendo referencia al Código penal noruego de 1903, o en lo relativo al sistema de Elmira insertado en la prisión de Connecticut, pp. 50 y 163, respectivamente; o recordando a Manuel Montesinos, al que denomina un buen juez, en sus términos: «no está mal el llamar a un director de una penitenciaría un segundo juez. Si se estableciese la condena indeterminada, sería verdaderamente un segundo juez; pero lo es, en efecto si desempeña con elevación sus altas funciones». Cfr. SALILLAS, R., *Revista Penitenciaria*. Año II, tomo II, 1905, p. 685; o en el apartado a la Información extranjera, bajo el título «Lo bueno y lo malo en las prisiones de los Estados Unidos de Norteamérica», al referirse a la obra de Edward Grubb y a la pena indeterminada, como «la gran novedad implantada en estos Reformatorios». Cfr. Últ. ob. cit., p. 730; en referencia al plan de reformas de Javier Ugarte, que se quedaron en proyectos tras dejar el Ministerio de Gracia y Justicia, y que rescata Salillas transcribiendo expresamente el deseo de «una política preventiva, y a esta política se ha de atener, en su particular modalidad, la organización penal y el régimen penitenciario. De aquí la aspiración a que los tribunales se limiten a ser meros defi-

nidores del hecho y a que la organización penitenciaria se encargue de continuar el proceso del delincuente en el estudio de sus caracteres, condiciones y posibilidades de educación. Si la sociedad estuviese preparada convenientemente, la simplificación de los Códigos sería tan grande, que la pena habría de ser siempre indeterminada, reservándose las determinaciones posteriores a la aplicación de los métodos penitenciarios». Cfr: SALILLAS, R., «Trabajos Españoles. El Libro de D. Javier Ugarte», en *Revista Penitenciaria*, tomo III, año III, 1906, p. 137, o en relación al Real Decreto que suprimía el penal de Tarragona, creando una penitenciaría en el castillo de San Fernando de Figueras, citando expresamente las palabras del ministro de Gracia y Justicia, Álvaro de Figueroa, en su Proyecto de Decreto, que sería firmado el 18 de octubre de 1906, al decir: «lo más importante de todo es que se presta a introducir nuevas normas en nuestro régimen penitenciario. Por de pronto es factible el sistema de clasificación indeterminada preceptuado por el art. 6.º del real Decreto de 18 de mayo de 1903». Cfr: Últ. ob. cit., p. 706; o en la Crónica de asuntos científicos del número de 1907, SALILLAS, R., «La crisis del sistema celular», en *Revista penitenciaria*, tomo IV, Año IV, 1907, p. 222, donde señala: «Tal vez el mejor justificante de la pena indeterminada a que por algunos se aspira, esté en la consideración de que los reclusos, como los hombres en general, hayan de quedar estacionados en su propia manera de ser, o por su especial naturaleza hayan de salir más o menos pronto de un estado que para ellos es circunstancial». De igual modo, referenciando el comienzo de las clases de la Escuela de Criminología que dirigía, en su segundo año, Salillas hace una síntesis didáctica de altura, como sigue: «Si se consiguiera de pronto una transformación penitenciaria tal y como se anhela por todos, no por los significados en determinadas tendencias, el Código penal se rectificaría inmediatamente en sus aplicaciones penales. Ya está modificado en este sentido en nuestra misma legislación penitenciaria y baste citar el Real decreto de 18 de mayo de 1903, sobre régimen de tutela y tratamiento correccional. En él y preceptivamente, hay un cuerpo de doctrina de ciencia penitenciaria. El régimen penal que se puntualiza es el de clasificación indeterminada, y para determinar esta clasificación se requiere el estudio particular de cada penado en virtud de un expediente correccional. El Director, el Inspector, el Médico, el Profesor de instrucción primaria y el Capellán, actúan penitenciarariamente investigando al sujeto, cada uno desde un punto de vista. De este estudio armónico nacen todas las determinantes orgánicas y por él se definen los procederes penitenciarios». Cfr: Últ. ob. cit., p. 683. En el último número del principal órgano de difusión de sus ideas, publicaba también Salillas su extenso artículo «El año penitenciario de 1907», en el que afirmaba: «La tendencia significada de este modo hará definitivamente su camino y entonces el magistrado perderá muchos atributos que se integrarán más apropiadamente en el nuevo funcionario de Prisiones, transformándose el Derecho penal en lo que provisionalmente se podría llamar derecho penitenciario. Si miráramos estas cosas en el sentido de la sentencia indeterminada, encontraríamos ya el vislumbre de la solución. El Derecho penal, para congraciarse y mantenerse en equilibrio con las nuevas tendencias, desenvuelve su táctica conservadora en el sentido de volver al antiguo terreno del arbitrio judicial; pero, seguramente, no será el arbitrio en la sentencia lo que predomine, sino la indeterminación, porque el proceso no se puede ventilar en el que la ley de Enjuiciamiento llama drama de estrados, en esa lucha de acusan y de defensa, sino en el propio laboratorio de estudio y conocimiento de los delincuentes». Cfr: SALILLAS, R., «El año penitenciario de 1907», en *Revista Penitenciaria*, tomo V, Año V, p. 45. Recientemente, Mata y Martín ha señalado esa visión, como sigue: «Será en el contexto de la labor profesional de los funcionarios de prisiones que ya indicaba que con su especialización podrán ir asumiendo tareas propias de los jueces, dando lugar al sistema propio de la sentencia indeterminada, de acuerdo al cual las condiciones y duración del internamiento no es una tasa previamente fijada, sino que dependerá de la evolución del penado». Cfr: MATA Y MARTÍN R. M., «Los orígenes de la formación criminológica...», ob. cit., p. 501.

suerte de herramienta (37) para el propósito correccional en el ámbito penitenciario, ya desde 1870 en el trascendente Congreso penitenciario de Cincinnati, así como en el de Estocolmo en 1878 (38), aunque en el más reciente de Bruselas de 1900, no tuviera la misma acogida (39), así como en el entorno de la antropología criminal en el Congreso de Roma de 1885 y, desde el Derecho penal, en los Congresos de Unión Internacional de Derecho penal de Bruselas de 1881, Cristianía de 1891, París de 1893 y Amberes de 1894 (40), para venir finalmente a convertirse en el norte del modelo individualizador de Salillas (41), acercando así a nuestra realidad la resonancia internacional del modelo reformativo (42), entendido como un notable perfeccionamiento del sistema progresivo, constituyendo el mayor progreso alcanzado hasta entonces en la ciencia penitenciaria (43).

La realidad del reformativo de Elmira (44) y su presentación y explicación en España, esencialmente por parte de Pedro Dorado

(37) Cfr. WINES, F. H., *Punishment and Reformation...*, ob. cit., p. 216.

(38) En las deliberaciones del citado Congreso de Estocolmo, se pidió que la pena sólo se fijase en sus grandes líneas, y que respecto de los detalles la Administración tuviese una gran libertad, una amplia iniciativa para fijar la adaptación individual. Así, vid. LASTRES Y JUIZ, F., *Estudios penitenciarios. Establecimiento Tipográfico de Pedro Núñez, Madrid, 1887*, pp. 47 y ss. Con anterioridad, en el relevante Congreso penitenciario de Cincinnati (pues la huella de sus indicaciones, casi sin enmiendas llegaría hasta el Congreso penitenciario de 1933), entre los principios sugeridos para ser sometidos a consideración ya se apuntaba, en noveno lugar, que las sentencias indeterminadas deberían sustituir a las fijas, y se hacía un paralelismo de la reforma de los delincuentes con la curación de los dementes. Vid. WINES, E.C. (Ed.): *Transactions of the National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline, held at Cincinnati, Ohio, October 12-18, 1870*, Albany, 1871, p. 551; en el mismo sentido, haciéndose eco de tales resoluciones, CADALSO Y MANZANO, F., *Estudios penitenciarios. Presidios españoles, escuela clásica y positiva y colonias penales*. F. Góngora, Madrid, 1893, pp. 222 y ss.; el mismo: *Instituciones penitenciarias en los Estados Unidos...*, ob. cit., pp. 53 y ss.

(39) Vid. CUELLO CALÓN, E., *La moderna penología...*, ob. cit., p. 57.

(40) Vid. CUELLO CALÓN, E., *Penología. Las penas y las medidas de seguridad. Su ejecución*. Reus, Madrid, 1920, p. 217.

(41) Vid. SANZ DELGADO, E., «Rafael Salillas y Panzano penitenciarista...», ob. cit., p. 162.

(42) Y es que, como señalaran, Snell y Gladys Putney, «los dos más significativos eventos en la historia temprana del modelo reformativo en Estados Unidos fueron el Congreso penitenciario de 1870 de Cincinnati, y la creación del Reformativo de Elmira en Nueva York». Cfr. PUTNEY, S./PUTNEY, G.J., «Origins of the Reformatory», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 53, Winter 1962, p. 441.

(43) Cfr. ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*. 1.ª ed. Reus, Madrid, 1930, p. 117.

(44) Vid., al respecto, por todos, BROCKWAY, Z.R., «The Reformatory System», en VV.AA., BARROWS, S.J., *The Reformatory System in the United States (56th Congress 1st Session. House of Representatives. Document n.º 459) Reports prepared for the International Prison Commission*. Government Printing Office, Washington, 1910, pp. 17 y ss.; el mismo: «The American Reformatory Prison System», en *American Journal of Sociology*. Vol. 15, n.º 4, enero 1910, pp. 454-477.

Montero (45), serían desde entonces factores determinantes por su influencia en el pensamiento penitenciario. Dicho modelo neoyorkino se convertirá así en la guía a reivindicar en España por doctrinas y opciones contrapuestas (46). Y, sin embargo, como señalaron Barnes y Teeters (47), y en nuestra bibliografía Cuello Calón (48), se trataría finalmente en los Estados Unidos de un modelo relativamente fallido, o no tan comprendido como lo sería el de libertad condicional (Parole) (49), entendiéndose hacia el año de 1910 que el modelo había fracasado en la práctica y destinándose, a partir del Congreso de Washington, al tratamiento de «personas mentalmente anormales» en un sistema para jóvenes (50). No fue sino hasta 1930 en los EE.UU. de América que la idea reformadora sería revivida como resultado

---

(45) Vid. DORADO MONTERO, P., *El Reformatorio de Elmira (Estudio de Derecho penal preventivo)*. La España Moderna. Madrid, s/f (1898?), *passim*; y después así lo ha reconocido, entre otros, JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *La sentencia indeterminada*. Reus, Madrid, 1913, pp. 254 y ss.; también se recogen páginas de interés, dando noticia del modelo en CADALSO Y MANZANO, F., *Instituciones penitenciarias en los Estados Unidos...*, ob. cit., pp. 50, 53, 63 y 64 (quien curiosamente y sin embargo no había recogido en su tesis doctoral de Derecho, leída el 20 de abril de 1887, bajo el título «Sistemas penitenciarios», el modelo reformatorio).

(46) Por ello parece muy aventurado afirmar, como lo hace Ramos Vázquez, reivindicando el trabajo transmisor de Cadalso de 1913, que «en este momento, los modelos europeos eran el principal foco de interés. Ningún español había vuelto a poner su mirada en los modelos estadounidenses desde Ramón de la Sagra». Cfr. RAMOS VÁZQUEZ, I., «Un siglo de estudios de Derecho penitenciario comparado en España (ss. XIX y XX)», en *Glossae. European Journal of Legal History*, n.º 12, 2015, p. 714.

(47) Vid. BARNES, H. E./TEETERS, N.K., *New Horizons in Criminology...*, ob. cit., pp. 428 y ss.

(48) Vid. CUELLO CALÓN, E., *La moderna penología...*, ob. cit., pp. 326 y 327.

(49) Vid. ABBOT, E.M., «Indeterminate Sentence and Release on Parole», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 3, 1913, p. 543.

(50) Algunas críticas a la idea de la sentencia indeterminada, tal y como se llevaba a cabo en Elmira, se advirtieron, no obstante, desde el otro lado del Atlántico en especialistas como William Tallack, quien entendía que tal modelo debería también incluir una posibilidad más importante (a la manera de la antigua cláusula de retención española), esto es, la posibilidad de prolongar indefinidamente la custodia de los no reformados. Vid. TALLACK, W., *Penological and Preventive Principles*. Wertheimer, Lea & Co. London, 1889, p. 102. Acerca de la cláusula de retención en España, vid. CASTEJÓN, F., *Legislación penitenciaria española*. Reus, Madrid, 1914, pp. 420 y ss.; poniéndolo en relación con la Pragmática de 1771, ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*. Madrid, 1949..., ob. cit., p. 587; y, más recientemente, SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español...*, ob. cit., pp. 121 y ss.; ORTEGO GIL, P., «La indeterminación de las sentencias castellanas en el siglo XVIII: la cláusula de retención en presidio», en *Perspectivas Jurídicas del Estado de México*. Revista del Tribunal Supremo de Justicia del Estado de México, n.º 1-4, enero-junio 2003, pp. 103-123.

directo de la renovación del programa educativo del Reformatorio de Elmira. La inaplicación del sistema a los adultos, el patrón disciplinario represivo en exceso, la inadecuación del ambiente y del edificio, habrían sido lastres que impidieron el éxito continuado de tan renombrado modelo, que servía, no obstante, de inspiración a otros que buscaron un modelo científico tratamental (51).

Pero allí se anticipaba una solución penológica de altura, una nueva dinámica en la ejecución penal. La sentencia indeterminada, entendida por Salillas como fundamento para la clasificación indeterminada, que permitía no someterse a las etapas tasadas del progresivo, integrada en el citado artículo 6.º de la normativa de 18 de mayo de 1903, serviría como método y procedimiento para la consecución de los fines perseguidos por la ejecución penal (52).

---

(51) Llegando a interpretarse por Alexander Pisciotta, si bien desde una perspectiva revisionista o foucaultiana, como ejemplo de reforma científica. Así, vid. PISCIOTTA, A.W., «Scientific Reform: “The New Penology” at Elmira, 1876-1900», en *Crime and Delinquency*. Vol. 29, octubre 1983, pp. 613-630.

(52) *Vid.*, en la doctrina española, saludando y después recordando esa iniciativa, SILVELA, L., *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*. Fortanet, tomo I, Madrid, 1874, pp. 449 y ss.; DORADO MONTERO, P., *Problemas de Derecho penal*. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1895, pp. 43 y ss.; el mismo: *El Reformatorio de Elmira...*, ob. cit., pp. 5-17 y 119 y ss.; el mismo: *Estudios de Derecho Penal preventivo*. Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1901, pp. 107 y ss.; el mismo: *Bases para un nuevo Derecho penal*. Manuel Soler. Barcelona, 1902, pp. 90 y ss.; el mismo: *Nuevos derroteros penales*. Heinrich y cía. Barcelona, 1905, pp. 148 y ss.; el mismo: *El Derecho protector de los criminales*. Librería General de Victoriano Suárez, tomo II, Madrid, 1915, pp. 19 y ss.; VALDÉS RUBIO, J.M., *Programa razonado de un curso de Derecho penal*, tomo I, 2.ª ed. imprenta de la Viuda e hija de Gómez Fuentenebro. Madrid, 1892, pp. 416 y ss.; ARAMBURU y ZULOAGA, F., *La actual orientación del Derecho penal y de la lucha contra el delito*. Fortanet. Madrid, 1910, pp. 58 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *La sentencia indeterminada...*, ob. cit., *passim*; atendiendo a un posible origen de la sentencia indeterminada, CASTELLANOS, P., «La sentencia indeterminada tuvo su origen en España», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, n.º 13, abril 1946, pp. 74-78; GUERRERO LÓPEZ, M., «La sentencia indeterminada», en *Revista de la Escuela Estudios Penitenciarios*, n.º 16, julio 1946, pp. 93-98; LASALA NAVARRO, G., «La sentencia indeterminada en España», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, n.º 17, agosto 1946, pp. 44-49; A.S., «Recuerdos de un curso en la Escuela de Criminología», n.º 39, junio 1948, pp. 90 y 91; ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal...*, 1949, ob. cit., pp. 586 y ss., por la que se cita; COVA GARCÍA, L., «Del estado peligroso del crimen y de la sentencia indeterminada», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 83, febrero 1952, pp. 99-101; realizando la vertiente restrictiva de la cláusula de retención, CASTEJÓN, F., «Introducción en el Derecho español de la sentencia indeterminada», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 100, julio 1953, pp. 29-33; CUELLO CALÓN, E., *La moderna penología...*, ob. cit., p. 52 y ss.; cuestionando la sentencia indeterminada, VON HENTIG, H.: *La Pena II. Las modernas formas de aparición*. Espasa Calpe. Madrid, 1968, p. 187; SANZ DELGADO, E., *El humanita-*

No obstante, si bien el modelo reformativo era por entonces ensalzado, la aplicación de la sentencia o condena indeterminada, y del concepto de maleabilidad penitenciaria que implicaba para la vida penitenciaria del recluso, no fue así entendido por todos los especialistas. En este sentido, Fernando Cadalso y Manzano, conocedor de la experiencia extranjera y firme impulsor del modelo reformativo desde los parámetros de un estricto y cuasimilitar funcionamiento, aprovecharía la revista bajo su dirección para dar noticia de la obra de Dorado acerca del sistema de Elmira, sin reparar en la trascendencia de la indeterminación de la condena, señalando en todo caso que en dicho modelo los reclusos se dividían en tres grados, y dos subgrados, siguiéndose «por tanto, en el reformativo, el sistema progresivo» (53). Todavía en 1903, ya publicados los dos principales y rupturistas decretos salillistas, se reivindicaba desde la *Revista de las Prisiones*, que el sistema establecido en 1901 era, en realidad, el más parecido al reformativo (54).

Y sin embargo el cambio de paradigma era categórico, y tamaña ruptura le llevó a Salillas varios años de explicaciones e incompreensión, de cierta soledad a la hora de defender y difundir su modelo desde el primer número de la Revista penitenciaria en 1904, hasta ver perdida definitivamente su influencia y trayectoria institucional con la promulgación del integral Decreto de 5 de mayo de 1913 (55), que por

---

*rismo penitenciario...*, ob. cit., pp. 275 y 276; más recientemente, Daniel Fernández, ha señalado la visión de Salillas refiriéndose a «condenas sin tiempo», vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Individualización científica y tratamiento en prisión*. Premios Victoria Kent 2013. 2.ª Accésit, Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica. Madrid, 2014, pp. 133 y 170 y ss.; también acerca del modelo reformativo y la introducción de la sentencia indeterminada, RAMOS VÁZQUEZ, I., «Un siglo de estudios de Derecho penitenciario comparado...», ob. cit., pp. 714-717; la misma: «El sistema de reformativo (*reformatory system*) ...», ob. cit., pp. 165, 167, y 176.

(53) Cfr. CADALSO Y MANZANO, F., «El reformativo de Elmira», en *Revista de las Prisiones y de Policía*, año VI, n.º 48, 24 de diciembre de 1898, p. 461 (las anteriores líneas en relación al modelo habían sido publicadas en los anteriores números de 8 y 16 del mismo mes); más recientemente, ha señalado tal asimilación, TÉLLEZ AGUILERA, A., *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones*. Edisofer, Madrid, 1998, p. 88.

(54) Sobre el sistema o modelo reformativo y su plasmación para jóvenes en España, vid., por todos, los soberbios trabajos de CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores y sistema penitenciario*. Premio Nacional Victoria Kent, año 2010, Secretaría General Técnica. Ministerio del interior. Madrid, 2011, pp. 262 y ss., y 274 y ss.; el mismo: «Antecedentes históricos del tratamiento penal y penitenciario de la delincuencia juvenil en España», en *Revista de Historia de las Prisiones*. n.º 2 (enero-junio 2016), pp. 55 y ss.

(55) Vid., entre otros, al respecto de dicha normativa, CASTEJÓN, F., *La legislación penitenciaria española. Ensayo de sistematización comprende desde el Fuero*

su completa sistemática sería llamado «código penitenciario» (56), volviendo con él la dinámica cadalsiana (57), desapareciendo la flexibilidad posible en la indeterminación de la clasificación de los internos en un retorno al progresivo, advertido en su artículo 236, que a la sazón dispuso: «El régimen de las Prisiones destinadas al cumplimiento de condenas, se sujetará al sistema progresivo (irlandés o de Crofton), siempre que sea posible y lo permitan las condiciones de los edificios [en su defecto, el sistema de clasificación], el cual se dividirá en los cuatro períodos que siguen: 1.º Período celular ó de preparación; 2.º Período industrial o educativo. 3.º Período intermediario. 4.º Período de gracias y recompensas». Desde entonces, poco habría de cambiar en cuanto a la clasificación hasta la reforma de 1968 y, definitivamente, hasta la vigente Ley penitenciaria.

El sistema progresivo, tras largos años de espera en comparación con otros ordenamientos, había llegado con el nuevo siglo tarde y mal (por no contemplarse aún la libertad condicional en el sistema), pero lo había hecho para quedarse, como la polémica naciente entre las posiciones de Cadalso y Salillas que ofrecían dos modelos penitencia-

---

*Juzgo hasta hoy.* Hijos de Reus, Madrid, 1914, *passim*, y esp. pp. 451 y ss.; GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*. Edersa, Madrid, 1983, pp. 172 y 173; GARCÍA VALDÉS, C., *Del presidio a la prisión modular...*, ob. cit., p. 42; o SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario...*, ob. cit., pp. 293 y ss.

(56) Cfr. BERNALDO DE QUIRÓS, C., «Derecho penal», en VV.AA. (POSADA, A./CLEMENTE DE DIEGO, F./SELA, A./BERNALDO DE QUIRÓS, C./SANGRO, P.): *Derecho usual*, Madrid, s/f (1914?), p. 459; CUELLO CALÓN, E., *Penología...*, ob. cit., p. 148; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código penal*. 2.ª ed. (puesta al día por E. Gimbernat Ordeig). Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1966, p. 400; GARCÍA VALDÉS, C., *Régimen penitenciario de España. Investigación histórica y sistemática*. Instituto de Criminología, Madrid, 1975, p. 34; el mismo: «Las casas de corrección de mujeres: un apunte histórico», en VV.AA., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López. Granada, 1999, p. 592; el mismo: «La Codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, n.º 82, 2012, p. 41; HERRERO HERRERO, C., *España penal y penitenciaria (historia y actualidad)*, Dirección General de la Policía, Madrid, 1985, p. 345; SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo...*, ob. cit., pp. 293 ss.; el mismo: «Las viejas cárceles: Evolución de las garantías regimentales», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LVI, 2003, p. 256; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «Del sistema progresivo a la individualización científica. La elaboración de la Ley General Penitenciaria y la relevancia del bienio 1978-1979 en el Derecho penitenciario», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXXII, 2019, p. 500.

(57) Y ello, aunque se haya afirmado la *deslocalización* del inspirador, como sigue: «Otra de las leyes que para algunos autores se inspiró en el pensamiento cadalsiano, a pesar de que cuando se promulgó él estaba en los Estados Unidos». Cfr. RAMOS VÁZQUEZ, I., «Un siglo de estudios de Derecho penitenciario comparado...», ob. cit., p. 719 (la cursiva es nuestra).



rios divergentes; habiéndose reconocido hasta entonces normativamente dicha progresividad de periodos de cumplimiento tan solo en la disposición de 23 de diciembre de 1889, perfilada sin muchos saberlo por Salillas, que vino a regularizar la vida penitenciaria en el presidio mayor de Ceuta (58). Se presentaba entonces el progresivo como una conquista del siglo xx, introduciéndose, en Consejo de ministros de 22 de mayo de 1901, por el entonces ministro de Gracia y Justicia, D. Julián García San Miguel y Zaldúa, Marqués de Teverga, varios proyectos de decreto: 1.º Reorganizando el personal de funcionarios de la administración penitenciaria; 2.º Estableciendo los sistemas penitenciarios irlandés, progresivo o de Crofton y el de clasificación; y 3.º Creando en Alcalá de Henares una Escuela de corrección de jóvenes delincuentes, que fueran absueltos por haber obrado sin discernimiento, y para corrección paterna (59).

Tales iniciativas legislativas fueron inmediata y duramente criticadas, especialmente la primera relativa al personal penitenciario y a la creación del cargo de Inspector General, desde el inicialmente monárquico y conservador diario *La Época*, que otorgaba su apoyo por lo usual a Francisco Silvela, a Antonio Maura, o después a Eduardo Dato. Así por ejemplo, al respecto de tales reformas, el día 29 de mayo de 1901, en dicho rotativo se señalaba: «En cuanto a la forma de sacar a oposición la plaza de Inspector General que es la clave de la reforma, y que todo el mundo dice está ya adjudicada –se entiende que a Fernando Cadalso-, encontramos censurable que, por virtud de las limitaciones que se ponen, no pueda concurrir a esa oposición una notabilidad en materias penales y penitenciarias, como D. Rafael Salillas, autor de obras celebradas dentro y fuera de España. Sin necesidad de oposiciones, que ya sabemos lo que son en España. La plaza de Inspector general (en el caso de ser necesaria, y no lo es) ha debido proveerle en persona de autoridad indiscutible. De preferirse las oposiciones, si éstas no con una hoja de parra, convenía dar mayor amplitud a los requisitos para concurrir a ellas, pues la competencia en asuntos penitenciarios no está en haber sido Jefe de Administración de tercera clase con dos años de anticipación. Muy mal aconsejado ha estado el Sr. Marqués de Teverga en este asunto. Le deseamos mayor fortuna en los otros Decretos que se anuncian» (60). La respuesta a

(58) *Vid.*, al respecto, SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario...*, ob. cit., pp. 264 y ss.

(59) *Vid.*, la noticia en *La Época*, LII, n.º 18301, jueves 23 de mayo de 1901, p. 2.

(60) *Cfr.* *La Época*: de 29 de mayo de 1901, p. 3 (Recogido en «La reorganización del personal de prisiones. Juicios de la Prensa», en *Revista de las Prisiones*, Año

dicha crítica periodística, llegaba desde la *Revista de las Prisiones* que controlaba Fernando Cadalso, como sigue: «En lo que a la plaza de Inspector general concierne, creemos haber dicho lo bastante. Y como esto solo constituye un punto de la reforma y no la clave, como se asevera, parécenos que se halla suficientemente tratado, añadiendo que reconocemos los méritos del Sr. Salillas y que la Revista ha tenido ocasión de hacer de ellos justos y merecidos elogios. Pero si en las oposiciones para pasar a Ayudantes sólo toman parte los Vigilantes, en las de Administradores, los Ayudantes, y en las de Directores los Administradores, consideramos que hay lógica consecuencia en el Decreto al establecer que en la oposición para Inspector general tomen parte los Inspectores de primera, segunda y tercera, que son los Jefes de Administración civil de la Dirección y del Cuerpo» (61).

La segunda iniciativa legislativa citada sí tenía mayor trascendencia. El Real Decreto de 3 de junio de 1901, que incorporaba definitivamente a la norma penitenciaria el régimen progresivo, impulsado por un perseverante Fernando Cadalso (62) y refrendado por el Marqués de Teverga, había traído al fin la confluencia con otros modelos comparados y cierta visión de futuro y estabilidad al régimen penitenciario español. Sin embargo, tal estabilidad no parecía alcanzar al ámbito profesional, pues recién promulgada la norma e implantado el progresivo, la preocupación del Cuerpo de prisiones se basaba en su presente laboral y en sus necesidades diarias en viejos e inadecuados establecimientos. Se acababa de impulsar la fusión del cuerpo de Dirección de Establecimientos Penales con el Cuerpo de Penales. La *Revista de las Prisiones* en su número de 8 de junio de 1901 venía por entonces a avalar la reforma, contestando a las críticas vertidas desde publicaciones como el diario republicano *El País* (de fecha de 1 de junio anterior) (63), o el citado conservador *La Época* (desde el 23 de mayo

---

IX, n.º 9.º, 8 de junio de 1901, p. 102).

(61) Cfr. *Revista de las Prisiones*: «La reorganización del personal de prisiones...», ob. cit., p. 103.

(62) Así, tal autoría científica se manifestaba, ya por entonces, en el diario *La Época*, en fecha de 23 de mayo de 1901, señalando: «En el Consejo de Ministros de ayer, dio cuenta el señor Marqués de Teverga de sus proyectos de reformas penitenciarias, proyectos cuya paternidad se atribuye al Director de la Cárcel Modelo, Sr. Cadalso». Cfr. *La Época*, LII, n.º 18.301, del día 23 de mayo de 1901 (argumento que sería recogido y transcrito, para ser sometido a crítica, en *La Revista de las Prisiones*, en su edición de 8 de junio de 1901, Año, IX, n.º 9.º, p. 97).

(63) Cfr. *El País*: «El decreto sobre reforma penitenciaria», año XV, n.º 5.053, sábado 1 de junio de 1901, p. 3, que afirmaba con referencia a la persona de Fernando Cadalso: «parece que vamos a asistir a una verdadera transformación de nuestras cárceles y presidios, y no al desencanto de una fusión del personal central con el del ramo de penales y a los beneficios que se prepara con ello una determinada persona».

de 1901 dando noticia del Consejo de ministros anterior). Entre dichas críticas, se cuestionaba la necesidad de unificar los cuerpos y, sobre todo, la innecesaria creación del cargo de Inspector General que, en su criterio, parecía estar diseñado ex profeso para Fernando Cadalso. Así, se decía al día siguiente en el diario *La Época*: «En el Consejo de ministros de ayer dio cuenta el señor marqués de Teverga de sus proyectos de reformas penitenciarias, proyectos cuya paternidad se atribuye al director de la Cárcel-Modelo, Sr. Cadalso, y entre las cuales figura la creación de una plaza de inspector, con sueldo de 10.000 pesetas, plaza cuya necesidad no está demostrada y que vendrá a aumentar el presupuesto o exigirá la supresión de otras inferiores más útiles, aunque menos decorativas y jugosas. En el personal de la Dirección de Penales reina gran disgusto por la proyectada refundición de dicho personal con el Cuerpo de Establecimientos penales. La opinión de las personas competentes es que esta reforma durará muy poco y que contribuirá a aumentar los vicios o inmoralidades de nuestro sistema penitenciario. Los cargos de empleados en las cárceles y presidios, especialmente los de categoría inferior, están muy expuestos a todo género de tentaciones, y es temerario suprimir el freno que supone la inspección ejercida por un personal diferente del Cuerpo, como lo ha venido siendo hasta ahora el de la Dirección, y que no tiene intereses comunes con aquél» (64). En cualquier caso, el recorrido inmediato en la aplicación de la norma tardaría en llegar. Las urgentes necesidades en materia de establecimientos y las dificultades para poner en práctica el nuevo sistema progresivo, permitieron vislumbrar otras opciones, con el apoyo ministerial apropiado.

En aquel ambiente social y penitenciario, posterior a la implantación del progresivo para todo el país, la transformación del mismo tan

---

lidad, que ha tiempo ha venido persiguiendo este ideal de sus aspiraciones. Es decir que lo más saliente del anunciado decreto es la creación de los inspectores, entre ellos uno general con sueldo de 10.000 pesetas, y los artículos 5.º y 18.º, (...). Es claro, la antigüedad en la provisión de esta plaza no se decreta, desde luego, sino para después de provista por oposición, porque por este último medio podrá obtenerla el que no está hoy en la clase inferior inmediata. Después que esto suceda, vendrá aquello de “caballeros no empujar”. Y para ello se refunde el personal central con el de penales, quitando al primero la independencia que debe tener, con relación al segundo, como principal garantía contra los abusos, vicios, deficiencia é indisciplina sobre que ha de velar la administración central, para cuya misión será obstáculo invencible la solidaridad de intereses y el espíritu de corporación que se crean por el decreto. Ampliaremos, si fuese necesario, estas ideas y otras que esa disposición nos sugiere. Entre tanto, sólo añadiremos: si Vadillo dejó fama de hacer decretos para uso y provecho de caballeros particulares, tendremos que decir lo mismo del liberal Teverga».

(64) *Cfr. La Época*: «Reformas en penales», LII, n.º 18301, día 23 de mayo de 1901, p. 3.

solo dos años más tarde hacia la solución tutelar correccional, con aportes científico-criminológicos que determinarían una clasificación específica de los penados que impulsó administrativamente Salillas, significó el gran punto de inflexión y un nuevo horizonte al que dirigirse, como antecedente de nuestra normativa vigente, y ello tendría lugar a partir de los decretos de los meses de marzo y mayo de 1903.

En primer lugar, especialmente relevante es la creación de la Escuela Especial de Criminología (65), por Real Decreto de 12 de

---

(65) *Vid.*, como muestra, al respecto, el Real decreto de 12 de marzo de 1903, que en su Exposición de motivos señalaba: «(...) hoy en día, conociéndose mucho más hondamente la naturaleza del delito en sus conexiones con la naturaleza humana y los modos de constitución social, y substituida la noción expiatoria de la pena por la de profilaxia y tratamiento de un mal de distintos orígenes y de dolorosos y trastornadores resultados, no se puede admitir que la función penitenciaria la ejerza quien no esté educado en el conocimiento del hombre con la iniciación indispensable en este género de estudios». Al respecto de la Escuela, *vid.*, las diversas noticias y trabajos del Consejo Penitenciario en la *Revista penitenciaria* y las palabras de Salillas en el *Expediente general para preparar la reforma penitenciaria*. Hijos de J.A. García, Madrid, 1904, pp. 153 y 154; posteriormente, han tratado la trayectoria de la Escuela: CADALSO, F., «Educación del personal penitenciario». Cuestión presentada al Congreso por Fernando Cadalso. Primer Congreso penitenciario Nacional de Valencia, Sección Segunda, Imprenta de J. Góngora Álvarez, Madrid, 1909, pp. 6-10, con duras críticas al nuevo centro; el mismo: La actuación del directorio militar en el ramo de prisiones. Imprenta Escuela Industrial de Jóvenes, Alcalá de Henares, 1924, pp. 35-38; AEPC (Asociación Española para el Progreso de las Ciencias): Reseña de los principales establecimientos científicos y laboratorios de investigación de Madrid. IV Congreso de la asociación española para el progreso de las ciencias (15-20 de junio de 1913). Imprenta E. Arias, Madrid, 1913; CASTEJÓN, F., La legislación penitenciaria..., *ob. cit.*, pp. 78-85; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., Al servicio del Derecho penal. Javier Morata, Madrid, 1930, pp. 139-141; y después, siguiendo a Cadalso, SELLIN, T., «Historical Glimpses of Training for Prison Service», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 25, noviembre - diciembre, 1934, p. 599; sumamente crítico, con criterios del nuevo régimen franquista, GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOECHEA, J., «La Escuela de criminología», en VV.AA., *Una poderosa fuerza secreta: La Institución Libre de Enseñanza*, Editorial Española, San Sebastián, 1940, pp. 203-211; VÁZQUEZ LEÓN, M., «Recuerdos de la escuela de Criminología», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, n.º 4, 1945, pp. 25 y 26; RICO DE ESTASEN, J., «Los cráneos del museo de la desaparecida Escuela de Criminología», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, n.º 1 abril 1945, pp. 72-76; del mismo autor: «Breve historia de la Escuela de Estudios Penitenciarios», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 154, septiembre-octubre 1958, pp. 3261-3265; S/N: «Evocaciones y recuerdos. La escuela de Criminología», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 108, marzo 1954, pp. 44-50; GALERA GÓMEZ, A., «La antropología criminal en España: Su proceso de asimilación y evolución», en *Asclepio* XXXIX, 1, 1987, pp. 273-289; y, entre otros, SÁNCHEZ GÓMEZ, L.A./ORTIZ GARCÍA, C., *Diccionario histórico de la Antropología española*. CSIC, Madrid, 1994, pp. 260 y 270; así, de un hito para la Antropología Forense habla REVERTE COMA, J.M., Antropología forense. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid, 1999, p. 28; VARONA

marzo, para formar al personal penitenciario según su modelo, inspirado en múltiples anhelos presentados y publicados años atrás, como el del Presidio-Escuela del comandante jubilado de establecimientos

---

MARTÍNEZ, G., «Spain is Different»: Beyond an Invisible Criminal Policy?», en VV. AA. (Green, P./Rutherford, A. Eds.): *Criminal Policy in Transition*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2000, p. 223; SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario...*, ob. cit., p. 274; el mismo: «Rafael Salillas y Panzano penitenciarista...», ob. cit., pp. 166, 167-170; STANGELAND, P., «Spanish Criminology: Past, Present and Future», en *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 11/4, 2003, p. 377; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., «Centenario de la Escuela de Criminología», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 2.<sup>a</sup> época, n.º 14, 2004, pp. 281-289; TÉLLEZ AGUILERA, A., *Criminología*. Edisofer, Madrid, 2009, pp. 217-219; el mismo: «La Central Penitenciaria de Observación. Medio siglo de «historia palpitante»», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXXII, 2019, p. 409; GARCÍA VALDÉS, C., «La Codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LXXXII, 2012, p. 63, quien señalaba el trabajo de Salillas impulsando la «Escuela de Criminología e ideando la ideología tutelar individualizadora en los inicios del moderno tratamiento»; el mismo: «Que cuarenta años no es nada: Derecho penitenciario español, antecedentes y Ley General Penitenciaria», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXXII, 2019, p. 17; RAMOS VÁZQUEZ, I., «La Administración Civil Penitenciaria: militarismo y administrativismo en los orígenes del estado de Derecho», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LXXXII, 2012, pp. 500 y ss.; FIGUEROA NAVARRO, M.C., «Del soldado al empleado de establecimientos penales y al funcionario: historia del personal penitenciario», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXXII, 2019, pp. 299-303; CEREZO DOMÍNGUEZ, A., «Criminology in Spain», en *Criminology in Europe*, 2012/2, Vol. 11, p. 14; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Individualización científica y tratamiento en prisión...*, ob. cit., pp. 223 y ss.; el mismo: «El fin constitucional de la reeducación y reinserción social ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXVII, 2014, p. 366; el mismo: «Del sistema progresivo a la individualización científica...», ob. cit., p. 498; VELÁZQUEZ MARTÍN, S., «Historia del Derecho penitenciario español», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, Vol. LXX, 2017, p. 441; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., «La antropología criminal en la historia de la Criminología española», en VV.AA. (Pérez Álvarez, F. Ed.): *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*. Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, p. 764; SERRANO MAÍLLO, A., *Un estudio sobre la formación de la criminología española (1903-1978)*. Desarrollo, hostigamiento y dimensión simbólica. Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur menor, 2018, pp. 17, 80-82; MATA Y MARTÍN, R.M., «Los orígenes de la formación criminológica en España...», ob. cit., pp. 491-518; MILLA VÁSQUEZ, D.G., *Beneficios penitenciarios y otras instituciones penitenciarias. Historia, teorías y resolución de casos*. Instituto Pacífico. Lima, 2019, pp. 126 y 127; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, A., «Origen y evolución de la Escuela de Criminología, el Instituto de Estudios Penales y la Escuela de Estudios Penitenciarios», *Dossier II, en Cuadernos de Criminología: Revista de Criminología y Ciencias Forenses*, n.º 46, 2019, pp. 28-32.

penales José María Canalejas (66), o la voluntad de Romero y Girón expresada en la obra de Roeder (67), o lo reflejado en los anteriores Congresos penitenciarios de Londres de 1872, en el Congreso penitenciario internacional de Estocolmo de 1878, en el de San Petersburgo de 1900 (68). Explicado por el propio Salillas desde su negociado de Sanidad penitenciaria en el oficial Expediente para la reforma de 1904, en estos términos: «si la organización penitenciaria plantea constantemente difíciles problemas, que los hombres de experiencia y sabiduría se afanan por resolver congregándose para este solo fin en los Congresos penitenciarios internacionales que periódicamente se celebran, ¿cómo no ver en este solo hecho la necesidad de una educación científica especial, y de una organización penitenciaria que obedezca a preceptos científicos?» (69). Se trataba, por ello, de una iniciativa docente e investigadora adelantada al

---

(66) *Vid.*, al respecto, CANALEJAS, J.M., Presidio-Escuela. Imprenta de Juan Tarrés, Barcelona, 1860, quien afirmaba, en la página 26: «Formar los empleados de los establecimientos penales con las condiciones de probidad, educación e inteligencia particular que requiere la índole de ellos, es pues el punto sobresaliente del Presidio-escuela que propongo» (hay reproducción del texto por la *Revista de Estudios penitenciarios*, n.º 180-181, enero-junio de 1968, pp. 243 y ss.). El reconocimiento de la prioridad y actualidad del pensamiento e iniciativa de Canalejas, lo llevó a cabo Salillas desde el Expediente para preparar la reforma de 1904, al indicar: «El Comandante Canalejas, hace cuarenta y tres años, señalaba como de necesidad la enseñanza de la psicología, refiriéndose sin duda alguna a autores como Ferrus, Lucas y otros que cita, y que figuran en el grupo de los psicólogos y psiquiatras que estudiaron el delito de esa manera. También habla de enseñanza pedagógica, y en Inglaterra cada vez se exige más este conocimiento a los funcionarios de prisiones. En la Escuela de funcionarios de prisiones de Tokio, entre otras enseñanzas figuran: la Ciencia penitenciaria, la Psicología penal, la Antropometría, los sistemas de patronato, los principios de educación correccional y la estadística. La citamos la última, para manifestar el descuido en que las tenemos nosotros». *Cfr.* SALILLAS, R., «Informe del Negociado de Sanidad Penitenciaria», en Expediente General para preparar la reforma..., ob. cit., pp. 152 y 153. Y, especialmente, citando la obra Presidio-Escuela y su significado futuro (Últ. ob. cit., pp. 129 y ss.).

(67) *Vid.* ROMERO Y GIRÓN, V., Introducción a ROEDER, C.D.A., Estudios sobre Derecho penal y sistemas penitenciarios (Fundamento jurídico de la pena correccional. Mejora del sistema de prisiones por medio del aislamiento. El ramo de prisiones a la luz de nuestra época). Fortanet, Madrid, 1875, pp. 125 y 126.

(68) *Vid.*, recientemente, al respecto de la relevancia y aportaciones de tales Congresos, FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Individualización científica y tratamiento en prisión...*, ob. cit., pp. 141-163; MILLA VÁSQUEZ, D.G., *Beneficios penitenciarios y otras instituciones...*, ob. cit., pp. 182-220.

(69) *Cfr.* SALILLAS, R., «Informe del Negociado de Sanidad Penitenciaria», en *Expediente General para preparar la reforma penitenciaria*. Dirección General de Prisiones, Imprenta Hijos de J.A. García, Madrid, 1904, p. 154.

tiempo (70) que, junto con el revolucionario (71) decreto de tutela correccional de 18 de mayo de 1903, al que atendemos *infra*, se nos muestran como pilares de un sistema de ejecución penal innovador, que enarbolaba la científicidad como método y herramienta de trabajo intramuros, incorporándose el estudio multidisciplinar del delincuente, por vez primera, en la labor penitenciaria (72).

Pero la idea de destinar un centro a la formación para los empleados de prisiones no solo provenía del proyecto de Presidio-Escuela del año 1860, sino que propiamente se había relacionado desde algunos años antes con Salillas. Y es que el encuentro en el año 1889 del entonces ministro de Gracia y Justicia José Canalejas con Rafael Salillas había dejado frutos normativos trascendentes. Así fue cuando un Salillas en ascenso y reconocimiento (tras la amplia difusión de su obra *La vida penal en España*, un año anterior), recibía de su mano la responsabilidad de redactar, prácticamente en solitario, el Anuario Penitenciario y Estadístico en 1889, así como de encargarse de la preparación del contenido del Decreto de 23 de diciembre de aquel año, que convertía finalmente Ceuta en Colonia penitenciaria, introduciendo, por vez primera, un régimen progresivo normativizado, regulador de la singular situación existente en aquel histórico enclave presidial norteafricano (73). El propio decreto asimismo conllevaba la creación de una escuela para funcionarios de las prisiones. Lo recordará el por entonces presidente del Congreso, José Canalejas, en mayo de 1906: «Así pensaba yo al preceptuar en 1889 el establecimiento de una Escuela normal para la educación del personal penitenciario» (74).

---

(70) En generosas palabras de Asúa, relativas al adelanto que supuso este centro: «Medio siglo antes de que se hable en Alemania y Suiza de Pedagogía correccional (es ahora cuando la nueva Penología adopta este nombre, don Manuel Bartolomé Cossío (...), explicó esta materia, con ese título y con un contenido tan moderno que se anticipó cincuenta años...». Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *El Criminalista...*, ob. cit., p. 251.

(71) Cfr. SOLAR CALVO, P., *El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*. Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2019, p. 54.

(72) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A., «La Central Penitenciaria de Observación...», ob. cit., p. 409.

(73) Como así señaló y queda recogido en las Actas, en la sesión del 21 de junio de 1904 del Consejo penitenciario el propio Rafael Salillas, quien recordaba que él fue el encargado de practicar los estudios para la transformación en colonia penitenciaria del presidio de Ceuta, y que como consecuencia de la Memoria que escribió fue el Real Decreto de 23 de diciembre de 1889, que dio eficacia legal a la organización tradicional de aquel presidio. Vid. *Revista Penitenciaria*. Órgano oficial del Consejo Penitenciario, Año I, tomo I, julio, 1904, p. 268.

(74) Cfr. CANALEJAS Y MÉNDEZ, J., «La renovación penitenciaria» (Sección Doctrinal), en *Revista Penitenciaria*, tomo III, 1907, p. 274.

De la Escuela especial, diría también: «He aquí el porqué de mis entusiasmos ante la constitución de la Escuela de Criminología. Veo en ella la representación de la ciencia actual, no de la ciencia estadiza de hace años. Veo en la asociación de elementos científicos concurrentes la manera de que las ideas penitenciarias dominantes puedan tener asociación discursiva y evolutiva. Veo que la finalidad consiste en lo que debe consistir, en que los funcionarios de nuestros establecimientos penales aprendan a conocer al hombre y a tratarlo. Veo que ha de lograrse ese modo la transformación renovadora del antiguo carcelero que sólo sabía guardar rastrillos y muros para que no se quebrantase el encierro, y del simplemente burócrata cuidadoso con las formalidades de expediente y de registro, en un hombre equilibrado con las ideas de humanidad, penetrador de las intenciones, conocedor de los resortes del carácter, de las influencias causantes de los trastornos, y de los medios para que la maldad –de que no siempre es el hombre agente responsable, habiendo, como Doña Concepción Arenal decía, tantas complicidades ignotas– se conmute en bien del hombre mismo y sobre todo de la sociedad a la que ha de volver» (75).

El apoyo ministerial a aquellas novedosas iniciativas, que procuraba un incansable Salillas, se plasmaría, de su mano, como secretario en el Consejo penitenciario, constituido «como instituto para el estudio de las cuestiones científicas relacionadas con el tratamiento de los delincuentes y la organización y desenvolvimiento de las instituciones de carácter tutelar, encaminadas a la mejora correccional del delincuente y a la prevención del delito» (76). Y su plataforma de difusión sería la *Revista Penitenciaria* (77). Sin embargo, el arranque de la ins-

---

(75) Cfr. CANALEJAS Y MÉNDEZ, J., «La renovación penitenciaria...», ob. cit., p. 277.

(76) Cfr. Real Decreto de 5 de abril de 1904, de creación del Consejo Penitenciario, reproducido en *Revista Penitenciaria*, Año I, tomo I, 1904, p. 16. Sobre las labores del mismo, la *Revista penitenciaria*, en manos de Salillas, secretario del Consejo, se encargaría de difundir cada una de sus actas, reuniones y decisiones. *Vid.*, entre otros, acerca del Consejo, FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Individualización científica y tratamiento...*, ob. cit., pp. 237-240; y acerca de la iniciativa de abolir las cuestionadas Juntas de Prisiones, *vid.* TÉLLEZ AGUILERA, A., «El crimen de la calle Fuencarral y la reforma penitenciaria», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 261, 2018, p. 39.

(77) La aparición de la *Revista penitenciaria* fue por entonces saludada en *Diarrios* del momento como *La Época* en crónicas como la que sigue: «Continuando la labor iniciada por el Sr. Dato para impulsar la reforma penitenciaria, el actual ministro de Gracia y Justicia, Sr. Sánchez de Toca, viene consagrando atención preferente a este orden de cuestiones. Obra suya es la creación del Consejo penitenciario, entre cuyos primeros acuerdos figuró el de la publicación de una *Revista* que le sirviese de órgano y medio de comunicación con el público en general y los estudiosos. Se ha publicado ya el primer número de esta *Revista Penitenciaria* en la cual se advierte la



titución se atasca hasta 1906, y su trayectoria se socavará progresivamente por aquellos que nunca la apoyaron, con Fernando Cadalso a la cabeza (78), con críticas constantes, como se verá *infra*, desde antes de iniciarse su andadura (79). Así lo hizo expresamente notar Luis Jiménez de Asúa en carta de 11 de diciembre de 1926 al ministro de Gracia y Justicia, en estos términos: «La Escuela de Criminología, en la que con ejemplar desinterés desempeñábamos cargos algunos profesores universitarios, expira con el año, por supresión del modestísimo presupuesto que la sustentaba. Todo el camino penosamente recorrido se pierde, y otra vez el cabo de vara mandará en nuestros presidios» (80). El camino y sentido originario de la Escuela llegaría hasta la muerte de su creador y director en 1923, para pasar a ser dirigida por su principal enemigo prácticamente hasta 1927, quien facilitó su desaparición ya en la Dictadura de Primo de Rivera, llevándose a cabo por Decreto de 17 de diciembre de 1926 firmado por el Ministro de Justicia Galo Ponte y Escartín, por lo que el espíritu del centro habrá de esperar para reconvertirse posteriormente, ya con el régimen republicano bajo la presidencia de Alcalá Zamora, en el Instituto de Estudios Penales por Decreto de 29 de marzo de 1932. Si bien mientras tuvo vida la Escuela, como señalara el que fuera nombrado en dicho decreto profesor y asumiera después la primera cátedra de la Universidad de Madrid, Salillas procuró «en obras y discursos, hacer prosélitos de la investigación» (81). Había de apuntalar tan audaces

---

mano inteligente de D. Rafael Salillas a quien tanto debe el progreso de las ciencias penales en España». Cfr. S/N: «La nueva revista penitenciaria» en *La Época. Últimos telegramas y noticias de la tarde*, Año LVI, n.º 19.451, viernes 15 de julio de 1904 (cursiva en el original).

(78) Quien, sin embargo, se incorporaba, por oposición, al profesorado de la Escuela en 1917, pero que incluso un año antes de ser su Director, en 1922 desplegaba en su obra cumbre duras críticas a la institución en la que impartía sus clases. *Vid.* CADALSO, F., *Instituciones penitenciarias y similares en España*. José Góngora, Madrid, 1922, pp. 451 y 452.

(79) En términos de Téllez Aguilera, «Son conocidos los avatares que la pobre Escuela de Criminología tuvo que soportar desde sus primeros pasos, procedentes desde la más rencorosa envidia, algo por desgracia, tan frecuente en nuestro país. Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., «La Central Penitenciaria de Observación...», *ob. cit.*, p. 409.

(80) Texto completo de la carta de Jiménez de Asúa, criticando el nuevo Código penal reproducido en COBO DEL ROSAL, G., «El proceso de elaboración del Código penal de 1928», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LXXXII, 2012, pp. 579 y 580.

(81) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, 3.ª Ed., Actualizada, Ed. Losada, Buenos Aires, 1964, p. 871.

decisiones administrativas y fortalecer sus iniciativas dotándolas de normatividad y de apoyos científicos y sobre todo políticos (82).

Ello tomaba primera forma en tiempos de un gobierno conservador, a partir de la confianza desplegada por el ministro Eduardo Dato e Iradier hacia un especialista como Salillas, con cierto bagaje y reconocimiento desde la publicación de su *Vida Penal*, su redacción del Anuario Penitenciario correspondiente al año 1888, o su inmediata elaboración normativa para Ceuta por petición del ministro Canalejas (83). Y tras la constitución del Consejo Penitenciario, el día 8 de mayo de 1903, encontrará su punto de inflexión, tan solo diez días después, siendo por entonces director de los penales el Conde de San Simón, en el citado Real Decreto de 18 de mayo, que venía a modificar las esencias del régimen progresivo, anhelado e impulsado por Cadalso y confirmado tan solo dos años antes, lo que llevaría al determinante y posible segundo *casus belli* entre ambos (84). Los deberes parecían estar hechos de antemano. No se elabora un decreto así en diez días. La iniciativa de Salillas debía fortalecerse no obstante desde el citado Consejo. En la sesión de 24 de mayo de 1904 se elegían ponencias para tratar de la Escuela de Criminología, con la designación de Canalejas, Dato, y Labra (85). Será también en sesión del Consejo Penitenciario de 5 de julio de 1904 cuando se aprueba el dictamen favorable a la instalación de la citada Escuela. Se recogía así por Salillas una idea manifestada años atrás, cumpliendo finalmente con el deseo expresado por Vicente Romero y Girón, de formar al personal penitenciario «con estudios adecuados en la proporción conveniente, según las respectivas categorías» (86), deseo manifestado en obra bien conocida por Salillas, publicada en 1875 en España, complementaria de los principios penales del autor alemán recogidos en

---

(82) Vid. SANZ DELGADO, E., «Rafael Salillas y Panzano penitenciario...», ob. cit., p. 161.

(83) Vid., sobre todas estas responsabilidades, en el ámbito penitenciario, SANZ DELGADO, E., «Rafael Salillas y Panzano penitenciario...», ob. cit., *passim*; el mismo: «Dos modelos penitenciarios paralelos y divergentes...», ob. cit., *passim*.

(84) Considerando que ya hubo en 1901 su primer encontronazo con relación a la plaza de Inspector General. Ese año, el Diario La Época había señalado que los proyectos de reforma del Marqués de Teverga, eran en realidad de la autoría de Fernando Cadalso, lo que sería contestado, negándose tal paternidad del Decreto de 1901 desde la *Revista de las Prisiones* en el número 9, año IX, de 8 de junio de 1901, p. 95. Vid., también, al respecto, NÚÑEZ, J.A., *Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria...*, ob. cit., p. 145.

(85) Puede verse en los Acuerdos del Consejo, en *Revista Penitenciaria*, Año I, tomo I, entrega 1, Madrid, 1904, p. 74.

(86) Cfr. ROMERO Y GIRÓN, V., Introducción a ROEDER, C.D.A., *Estudios sobre Derecho penal...*, ob. cit., pp. 125 y 126.

«Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena», y traducida por Francisco Giner de los Ríos (87).

Lo sonado del cambio que prometían los decretos impulsados por Rafael Salillas, y ante las diatribas que recibía, desde el primer momento, provenientes de la órbita cadalsiana (88), apremiaron a aquél a la búsqueda de crédito y réditos científicos. La difusión y el amparo argumental y doctrinal que dispensaba Dorado Montero a la obra salillista, teórica y práctica, le serviría para reivindicar aquellas iniciativas legislativas, como se ha indicado, desde la Revista Penitenciaria que dirigía. Ya en 1905, en su obra *Nuevos derroteros penales*, Dorado se refería a los procesos individualizadores, a cómo el «diagnóstico diferencial, verdadera individualización de cada delincuente, es a lo que se encamina la verdadera clasificación de los criminales» (89), sin otro remedio que «consagrarse con el mayor ahínco posible a conocer al sujeto en cuestión, escudriñando todos los rincones de su vida, de su ser, de su voluntad y su conciencia, aún los más ocultos, y poniéndolos al descubierto, para de esta manera poder habérselas con el enemigo a quien hay que combatir» (90). Y también, en 1906, el mismo profesor de Salamanca, se referiría a la introducción de la ciencia criminológica en las prisiones. Al respecto, incluso emitía un compromiso personalizado, cuando señalaba su desacuerdo con el hecho de no haberse nombrado Inspector General de Prisiones a Rafael Salillas (habida cuenta de haber sido en cambio nombrado para el cargo Fernando Cadalso), como sigue: «¿Cuánto no hubiera adelantado en España el estudio de nuestra criminalidad y sus causas (de lo que estamos bien necesitados como antes se ha visto), si en vez de impedir que el Sr. Salillas, quizá nuestro único criminólogo, llegara

(87) Referente del Correccionalismo patrio del último tercio del s. XIX, en los términos del penalista alemán: «La teoría correccional ve en la pena puramente el medio racional y necesario para ayudar a la voluntad injustamente determinada, de un miembro del Estado, a ordenarse por sí misma, porque y en cuanto la desarmonía que nace de su desorden perturba la armonía de todo el organismo de aquél. Según ella, en esto radica el fundamento y fin de la pena, y el criterio para establecer su género y grado». Cfr. ROEDER, C.D.A., *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena*. Trad. Francisco Giner, 3.<sup>a</sup> ed. Librería Victoriano Suárez, Madrid, 1876, p. 235.

(88) La desafección de Cadalso con aquella iniciativa la reconocería sin ambages en el Congreso de Valencia de 1909, como sigue: «mi criterio es conocido y completamente contrario a la existencia de la referida Escuela; criterio que, si no con autoridad, sí con buen propósito manifesté al crearse, he sostenido durante su funcionamiento y no puedo menor de sustentar aquí». Cfr. CADALSO, F., «Educación del personal penitenciario...», ob. cit., p. 7.

(89) Cfr. DORADO MONTERO, P., *Nuevos derroteros penales...*, ob. cit., p. 145.

(90) Cfr. DORADO MONTERO, P., *Nuevos derroteros...*, ob. y loc. cit.

a ponerse al frente de la Inspección General de Prisiones, creada por el Sr. Teverga, o al frente de la prisión celular de Madrid, se le hubiese, por el contrario, allanado el camino para ello. Esto hubiera sido hacer alguna cosa bien, ya que tantas malas hacemos» (91).

En aquellos términos que rescataría Salillas del profesor salmantino, se advertían elementos esenciales para el refuerzo de los procedimientos de individualización y clasificación formulados en el artículo 6.º del Real Decreto de 18 de mayo de 1903 como veremos *infra*. Así, Dorado Montero impulsaba, con similar redacción, el mismo sistema, como sigue: «La primera, y no sé también si diga que la más importante y esencial operación que requiere una administración de justicia penal con el nuevo indicado sentido de patronato y educación, es una operación de clasificación, o, mejor dicho, de individualización y diagnóstico. Hay que saber de quién se trata; hay que cuidar mucho de individualizar al patronado, no confundiendo las especies; hay que saber bien de qué pie cojea, para no exponernos a colocarle el aparato ortopédico donde no lo necesite, o donde le dañe más que le aproveche» (92). La nota al pie de Dorado, que terminaba dicho párrafo, venía a declarar su muy positiva opinión respecto del Decreto de tutela correccional de 18 de mayo de 1903, que por su especial contenido reproducimos como sigue: «No ha faltado en España algún gobernante progresivo que lo haya entendido así. Refiérome al Sr. Dato, que fue quien refrendó, siendo ministro de Gracia y Justicia, una porción de disposiciones acertadísimas sobre materias penitenciarias; disposiciones tan bien orientadas que, de haberse cumplido, estaría ya iniciada y hasta adelantada la reforma en este orden, en el que, como en varios otros, constituimos una vergonzosa excepción europea. Pero por ser acertadas esas disposiciones, ni se han puesto en práctica, ni hay miedo de que lo sean por ahora. Son muchos los estorbos que lo impiden. A la serie de aquéllas pertenece el muy notable real decreto de fecha 18 de mayo de 1903, sobre Régimen de tutela y tratamiento correccional de los penados, en el que se propone como «único» fin de la privación de libertad el tratamiento reformador de los delincuentes con caracteres de acción tutelar constante, ejercida individualmente en vista de los antecedentes y estado actual del penado, y se manda al efecto que se forme al efecto un expediente correccional donde debe constar, juntamente con otras cosas, el informe acerca de su estado físico y mental, informe redactado por el

---

(91) Cfr. DORADO MONTERO, P., De Criminología y Penología. Viuda de Rodríguez Serra, Madrid, 1906, pp. 178 y 179 (nota)

(92) Cfr. DORADO MONTERO, P., Los peritos médicos y la justicia criminal. Hijos de Reus, Madrid, 1906, p. 217.

médico del establecimiento, para lo que examinará el desarrollo físico y las anomalías de conformación, el estado fisiológico, el estado psicofisiológico, el mental y los antecedentes patológicos y el estado de sanidad general de cada sujeto» (93).

Tal opinión de Dorado sería entonces puesta de manifiesto por el mayor interesado en ella, haciendo uso de tales comentarios para reivindicar el cumplimiento de aquellos audaces preceptos que no veían una puesta en práctica definitiva. Así, Salillas destacaba tal opinión del catedrático salmantino afirmando: «Las reformas más trascendentales que han alcanzado la sanción oficial, también han encontrado cerrada la puerta con la antigua fórmula de «se obedece, pero no se cumple»». También señalaba la postura aludida del «mayor y más prestigioso de nuestros criminalistas», para continuar citándole en estos términos: «Uno de los decretos que más elogia el prestigioso profesor, también está incumplido «a la serie de aquellas (reformas) –dice– pertenece el muy notable Real decreto de fecha 18 de mayo de 1903, sobre Régimen de tutela y tratamiento correccional de los penados, en el que se propone como «único» fin de la privación de libertad el tratamiento reformador de los delinquentes con caracteres de acción tutelar constante, ejercida individualmente en vista de los antecedentes y estado actual del penado» ¡Régimen de tutela y tratamiento correccional en las prisiones españolas! Eso es todavía un sueño generoso» (94).

En otras palabras del Salillas de 1908, se rescataba la idea fundacional de la escuela y el modelo tutelar como sigue: «a esto obedece la Escuela de Criminología: a educar al personal en las nuevas normas científicas, capacitándolo para la acción penitenciaria que se ha de desenvolver. El preámbulo de Real decreto de 12 de marzo de 1903 lo expresa en conceptos concordantes en esencia con las conclusiones a que reiteradamente nos referimos (...). El Real Decreto de 18 de mayo de 1903 sobre régimen de tutela y tratamiento correccional, que el profesor Dorado lo reputa muy notable, concediéndole virtualidad para desenvolver todo un sistema, precisa normas y procederes enteramente análogos de las conclusiones que hemos venido analizando. Y no obstante toda la bondad de lo legislado, el quinquenio transcurrido desde que apareció en la *Gaceta* esa luminosa orientación penitenciaria, demuestra que vivimos todavía en las obscuridades del calabozo y la mazmorra, donde por los impedimentos de la tosquedad y la incul-

---

(93) Cfr. DORADO MONTERO, P., *Los peritos médicos y la justicia criminal...*, ob. cit., p. 218 (nota al pie).

(94) Cfr. SALILLAS, R., *La Traslación de los presidios de África...*, ob. cit., pp. 54 y 55.

tura, no puede penetrar la luz por muy alto que esté el astro de donde irradian, y que, mientras no nos relacionemos directamente con la luz de la moderna criminología, nada importará que se enciendan los focos más potentes» (95). Se trataba, en sus muy animosas palabras que terminaban su intervención en la Sección de Ciencias Sociales de la Asociación Española para el Progreso de las Ciencias, de «significar los principios culminantes que evidencian, en este orden, la total derogación de los principios y fundamentos penales y penitenciarios, para ser substituidos por principios radicalmente diferentes» (96).

## II. EL DECRETO DE 18 DE MAYO DE 1903

El trascendente Real Decreto de 18 de mayo de 1903 (97) abrió entonces una puerta al futuro y a la individualización científica, al estudio individualizado del penado en un entorno de relativa indeterminación temporal, y una ventana hacia una futura criminología clínica con ámbito de actuación en el medio penitenciario, aún por llegar. Señalaba entonces un todavía prudente o precavido Salillas, conocedor del posible impacto de la norma en la profesión, a modo de justificación: «Su fin no es otro que preceptuar el estudio del hombre en todo el transcurso de la vida penal, por el Director, el Médico, el Maestro, el sacerdote y el Inspector» (98). Como ha señalado García

---

(95) Cfr. SALILLAS, R., «Sentido y tendencia de las últimas reformas en Criminología», en *Revista penitenciaria*, tomo V, 1908, pp. 593-595, por la que se cita (y en Asociación Española Para el Progreso de las Ciencias. Congreso de Zaragoza. Cuarta Sección. Ciencias Sociales. Imprenta de Eduardo Arias, Madrid, 1908, pp. 5-44).

(96) Cfr. SALILLAS, R., «Sentido y tendencia...», ob. cit., p. 595.

(97) Día en el que se inauguraba el primer Parlamento del reinado del rey Alfonso XIII, quien en su discurso daba noticia de las iniciativas del Ministerio de Gracia y Justicia y en sus términos: «de las modificaciones importantes en el sistema penitenciario». Vid. *La Época*: «El Mensaje Regio». Año LIV, n.º 19.014, lunes 18 de mayo de 1903, p. 1; y fecha en la que todavía ejercía el cargo de Director de la Prisión Celular de Madrid, D. José Millán Astray, quien el mismo día conferenciaba bajo el título «La criminalidad en Madrid», en el Círculo Instructivo del Obrero, expresando que la primera causa de la excesiva criminalidad es la falta de cultura, para lo cual se sirvió de varias estadísticas que lo confirmarían. Vid., al respecto, *La Época*, «Academias, ateneos y sociedades», Año LIV, n.º 19.015, martes 19 de mayo de 1903, p. 3. Día en el que, asimismo, como noticia penitenciaria, se resolvía el motín capitaneado por el bandido Casanova en el penal de La Coruña y que como consecuencia supuso el traslado del Director de la prisión, y la sanción de empleo y sueldo para el funcionario responsable.

(98) Cfr. SALILLAS Y PANZANO, R., «Informe del Negociado de Sanidad Penitenciaria», en *Expediente General para preparar...*, ob. cit., p. 151.

Valdés, «basado en la ideología tutelar, el Real Decreto de 1903 introduce una primera individualización tratamental» (99). El punto de inflexión, el *instante supremo* (100) lo sitúa sin embargo el mismo autor en el previo Real Decreto de 22 de abril de 1903, regulador y organizador de la sección directiva del Cuerpo de Prisiones, normativa en la que, en sus términos, por vez primera «se inculca la eficaz y viva transición de la corrección al tratamiento» (101), incluyéndose en los artículos 12 y 13 el término *tratamiento correccional*, que deben procurar tanto el Director como el Inspector. Un año Posterior, el Real Decreto de 5 de abril de 1904, vendría a apuntalar dicha visión tutelar impulsada por Salillas con la creación del Consejo Penitenciario. En términos del propio Decreto, que recogía el proyecto del ministro de Gracia y Justicia del Gobierno de Antonio Maura, Joaquín Sánchez de Toca: «El Consejo Penitenciario, como instituto para el estudio de las cuestiones científicas». Más tarde, por Real Orden de 24 de mayo de 1904, el mismo responsable ministerial había autorizado al Consejo Penitenciario la edición de la Revista Penitenciaria otorgándole el carácter de órgano oficial («un órgano de publicidad de carácter científico») (102). Como publicación periódica que había de servir para «difundir en las corporaciones y organismos oficiales, y en la opinión en general, las ideas, conocimientos, informaciones, etc., que contribuyan a fomentar y mantener el espíritu favorable al desarrollo de la reforma».

Habida cuenta de los principios aludidos, la transformación se mostraba estructural y visionaria, pues, como expresara García Valdés, «los nuevos procedimientos que preconizaba el texto legal de 1903 rompían con el carácter laboral, pedagógico y moral que inspiró todos los movimientos de la reforma penitenciaria en el siglo XIX, apostando claramente por una línea de tratamiento individualizado que pretendía operar en la constitución del hombre y en los influjos

---

(99) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., «Que cuarenta años no es nada: Derecho Penitenciario español, antecedentes y Ley General Penitenciaria», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LXXII, 40 Años de la Ley Orgánica General Penitenciaria, 2019, p. 17.

(100) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., La Codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, tomo LXXXII, Madrid, 2012, p. 63.

(101) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX. Edisofer, Madrid, 2006, p. 119; con iguales términos, LÓPEZ MELERO, M., «Evolución de los sistemas penitenciarios y de la ejecución penal», en *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Alcalá, Vol. V, 2012, p. 435.

(102) Cfr. SALILLAS Y PANZANO, R., «A los lectores», en *Revista Penitenciaria*, Año I, tomo I, Entrega 1.ª Imprenta a cargo de Eduardo Arias, Madrid, 1904, p. 7.

perturbadores de la naturaleza humana, tratando de incidir en sus determinaciones futuras» (103). Si la actual orientación es reeducadora y reinsertadora, el antecedente puede atisbarse en el tratamiento reformador y la tutela correccional.

De su disección articular se desprende así un texto de principios básicos, conformado por 47 preceptos. El artículo 1.º describe y establece el sentido de la nueva función penitenciaria, que había de implantarse en las prisiones del Estado, y más tarde en las cárceles correccionales, en estos términos:

*«La privación de libertad, definidora del estado penal, será entendida como sometimiento forzoso del penado a un régimen de tutela, con el único fin de evitar el delito aplicando a los delincuentes un tratamiento reformador».*

En desarrollo de este principio inspirador, notas fundamentales del articulado venían a ser, *la acción tutelar individualizada* sobre cada penado, aplicada conforme a un procedimiento gradual; el control de la actividad penitenciaria mediante el impulso a la coordinación de la dirección, inspección y vigilancia de las prisiones criticando el «aparente formalismo»; la adaptación a cada establecimiento del nuevo sistema para salvar la impropiedad arquitectónica de la mayoría de los establecimientos y la promoción de la Junta correccional para éste y otros cometidos; el destierro de la organización y actitudes militares en la práctica penitenciaria procedentes de la Ordenanza de 1834; y la progresiva instauración del sistema de clasificación indeterminada, en virtud del estudio individual de cada penado.

Los siguientes preceptos se recogen como sigue:

*«Artículo 2.º: Para hacer efectivo el cumplimiento de esta función social, se imponen las siguientes reglas: 1.ª Que la acción tutelar sea constante. 2.ª Que sea ejercida individualmente en cada penado. 3.ª Que obedezca a las indicaciones derivadas del conocimiento de los antecedentes y estado actual del penado, y que se encamine a reintegrarlo socialmente. 4.ª Que se aplique conforme a un procedimiento gradual, en orden restrictivo y expansivo; Artículo 3.º: De conformidad con lo dispuesto en la regla 1.ª del artículo anterior, se preceptúa que en ningún momento queden desatendidas en las prisiones la dirección, inspección y vigilancia, que serán ejercidas, no de modo difuso y con aparente formalismo, sino con escrupulosa atención y obedeciendo a un plan coordinado; Artículo 4.º: En consideración a la impropiedad arquitectónica de la mayoría de las prisiones, y también con el fin de que los Directores de las mismas*

---

(103) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *Los presos jóvenes...*, ob. cit., p. 110.



*demuestren su aptitud y celo para organizarlas, se deja a su arbitrio, con la asesoría de la Junta correccional, el modo de adaptación a cada establecimiento del sistema que en este Real decreto se previene; Artículo 5.º: Queda terminantemente proscrito el sistema de organización militar prevenido en la Ordenanza de 1834, y que se practica todavía, desapareciendo, por lo tanto, la organización en brigadas y los toques de corneta para transmitir órdenes generales; Artículo 6.º: El sistema a que se refiere el artículo anterior será paulatinamente substituido por el de clasificación indeterminada, entendiéndose con esto que no se ha de obedecer, en general, a preceptivas generales, como la del delito, por ejemplo, sino a la agrupación por condiciones, en virtud del estudio individual de cada penado».*

La indeterminación en la clasificación, insertada en el citado artículo 6.º, y el impulso del estudio individual no tan solo suponían una quiebra y un choque frontal con relación al rígido sistema progresivo de tiempos tasados, implantado tan solo dos años antes, sino un procedimiento intramuros que ofrecía dinámicas de actuación científicas, tan solo advertidas decenios más tarde (104), pero aquel rotundo cambio no podía ser pacífico.

### III. EL AMBIENTE PROFESIONAL Y LA RECEPCIÓN DE LA NOVEDAD

Si bien cierta relevancia fue otorgada a la nueva norma desde Prisiones por el responsable del negociado de Régimen, Sr. Alderete, quien en su *Informe al Expediente para preparar la reforma penitenciaria* de 1904, señalaba que «merece especial mención el Real Decreto relativo al tratamiento correccional de los penados por el sistema de individualización de la pena, que permite someter al recluso al régimen de tutela tan recomendado por todos los criminalistas, y cuyo planteamiento se ha intentado con éxito en los establecimientos penales» (105), la aparición e integración normativa de las ideas de Salillas por medio de los decretos promulgados por Eduardo Dato en 1903, movilizó una resistencia activa, una enemiga y una reacción

(104) En opinión de Cámara Arroyo, el modelo de clasificación indeterminada del Decreto de 1903, tras analizar el artículo 6 del mismo, supone un «claro antecedente de nuestro modelo penitenciario de clasificación e individualización científica». Cfr: CÁMARA ARROYO, S., *Internamiento de menores y sistema penitenciario...*, ob. cit., p. 240.

(105) Cfr: ALDERETE Y ANSÓTEGUI, S., «Informe del Negociado de Régimen», en VV.AA., *Expediente General para preparar la reforma penitenciaria*. Dirección General de Prisiones, Imprenta Hijos de J.A. García, Madrid, 1904, p. 267.

casi inmediata, desde una parte del ámbito profesional de Prisiones (106), por entonces más enfocado a la exigencia de mejoras salariales (107), organizativas, funcionales y de las infraestructuras (108), y que veía aquellas iniciativas alejadas de su realidad intramuros. Tal animadversión contra el citado ministro, tan solo parece apagarse cuando éste vino a rubricar, en el Real Decreto de 30 de octubre de 1914, la creación del Reformatorio de Adultos de Ocaña, ya bajo clara influencia cadalsiana (109).

Se ha escrito suficientemente acerca de la controversia profesional, doctrinal y legislativa surgida, sobre todo a partir de ese momento, entre Fernando Cadalso y Rafael Salillas (110). Las diferencias en

---

(106) En palabras de José Rico de Estasen, «encontró en el propio Cuerpo de Prisiones los más encarnizados enemigos de su obra reformadora». Cfr. RICO DE ESTASEN, J., «Breve historia de la Escuela...», ob. cit., p. 3263.

(107) Así, por ejemplo, desde la revista *Museo Criminal*, quincenal y surgida en 1904, se explicitaba la esperanza a partir de la segunda sesión del Consejo penitenciario, y específicamente un ruego, solicitando la dignificación de los salarios del personal penitenciario. Vid. S/N: «Al Consejo Penitenciario», en *Museo Criminal. Revista Ilustrada*, Año 1, n.º 11, 1 de junio de 1904, p. 98.

(108) Así se manifestaba el por entonces Inspector de Prisiones, José Millán Astray, quien había impugnado la candidatura de Rafael Salillas a Director de la Modelo de Madrid, apoyado por Fernando Cadalso en aquella iniciativa (vid., al respecto, TÉLLEZ AGUILERA, A., «El crimen de la calle Fuencarral y la reforma...», ob. cit., p. 30). Y lo hacía Millán Astray, exigiendo nuevos establecimientos y mejores salarios para el personal penitenciario, señalando en diciembre de 1904: «En los últimos veinticinco años un ministro de Gobernación y algunos de Gracia y Justicia han realizado laudables esfuerzos, ya organizando el Cuerpo de Penales, ya dictando diferentes decretos, relacionados unos con el personal y los otros encaminados a implantar clasificaciones y crear servicios que las unas y los otros resultan imposibles de realizar en el terreno de la práctica (...) el buen deseo de todos se estrella fatalmente contra la carencia de edificios en donde se tienen que ensayar y practicar las apetecidas reformas». Cfr. MILLÁN ASTRAY, J., «Las prisiones», en *Museo Criminal. Revista Ilustrada*, Año 1, n.º 1, 1 de enero de 1904, p. 2.

(109) El propio texto expositivo de la norma de 1914 (Gaceta de Madrid, n.º 305), recoge la clara influencia de la pluma de Cadalso, que pasmosamente firma el propio ministro Dato con frases aludiendo a los errores de años atrás al introducir los sistemas penitenciarios que utilizaban las naciones más avanzadas. Así, por ejemplo, se decía: «Hubiera sido más que desacertado, quimérico, el intento de introducir (en nuestros edificios penitenciarios), los modernos sistemas...». Vid., asimismo, al respecto, la paternidad del texto que reconduce a Cadalso, NÚÑEZ, J.A., *Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria...*, ob. cit., p. 287, citando las publicaciones del momento haciéndose eco de la norma.

(110) Vid., entre otros, ROLDÁN BARBERO, H., *Historia de la prisión en España*. PPU, Barcelona, 1988, pp. 117 y ss.; GARCÍA VALDÉS, C., *Los presos jóvenes...*, ob. cit., pp. 108 y 110; el mismo: *Del presidio a la prisión modular...*, ob. cit., pp. 30, 31, 43 y 44; FIGUEROA NAVARRO, M.C., *Los orígenes del penitenciarismo español*. Edisofer, Madrid, 2000, pp. 81 y 82; SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español...*, ob. cit., pp. 281 y ss.; el mismo: «Dos modelos penitenciarios paralelos

tantos temas, surgían entonces y se acrecentarían con el tiempo, aunque compartieran ambas actividades administrativas ineludibles, como fue la cuestión relativa al traslado de los presidios norteafricanos. El primero tuvo entonces, y aprovechó sin duda, ya desde aquel año de 1903, la oportunidad de desmerecer el diseño tutelar de Salillas, y lo haría, como se ha señalado entre otros cauces, por medio de la plataforma que suponía la influyente *Revista de las Prisiones* que había engendrado. Las primeras reticencias llegaron así desde la redacción de la publicación, esto es, se entiende que refrendadas por Cadalso, quien ya había utilizado dicho foro profesional previamente para la difusión de sus iniciativas y críticas (111), e influirá en una editorial que destilaría ásperas diatribas contra la Escuela de Criminología y las demás reformas añadidas al modelo tutelar; invectivas también vertidas después por Cadalso (112) y desde otras publicaciones en apoyo de sus tesis (113).

---

y divergentes...», ob. cit., pp. 191-224; el mismo: «Rafael Salillas y Panzano penitenciarista...», ob. cit., pp. 158, 162-164; FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *Individualización científica y tratamiento en prisión...*, ob. cit., pp. 102, 193, 209 y 216; NÚÑEZ, J.A., *Fernando Cadalso y la reforma penitenciaria...*, ob. cit., pp. 78 y 79; MILLA VÁSQUEZ, D.G., *Beneficios penitenciarios y otras instituciones...*, ob. cit., pp. 125 y 173; SOLAR CALVO, P., *El sistema penitenciario español en la encrucijada...*, ob. cit., p. 54.

(111) Así, a modo de ejemplo, entre otras cuestiones en las que pudo influir, en 1895 Cadalso había maniobrado desde la *Revista de las Prisiones* para evitar el cierre del presidio vallisoletano, que había dirigido, por la Dirección General de Prisiones. Vid., al respecto, NÚÑEZ, J.A., «La importancia de los estudios biográficos para la historiografía penitenciaria. Notas sobre la labor de Fernando Cadalso y Manzano en el presidio de Valladolid (1887-1890)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXVI, 2013, p. 420.

(112) El propio Fernando Cadalso encontró ocasión de criticar la Escuela de Criminología y la iniciativa de Salillas aquél mismo año mientras, por ejemplo, se refería en la *Revista de las Prisiones* a las reformas necesarias para la Policía. Vid. CADALSO, F., «La reforma de la Policía», en *Revista de las Prisiones*. Año XI, n.º 36, p. 393. En sus términos: «Las enseñanzas de esta Escuela, que acaso tuvieran conveniente encaje en un centro docente de estudios superiores, resultan en su mayoría, harto teóricas, algunas no poco abstrusas para las prácticas funciones y los funcionarios de la policía, como resultarán igualmente para los de Prisiones, si la proyectada institución se implanta».

(113) En la *Revista Museo Criminal* se dedica la portada de su número 12, a la reforma penitenciaria, exigiendo al Consejo Penitenciario un actuar menos teórico con estos términos: «En España hay ilustres criminalistas o criminólogos que siempre, en su cátedra y en su gabinete, desconocen la vida práctica de los establecimientos penitenciarios no empolvan sus levitas en esos edificios que encierran muy provechosas enseñanzas; leen mucho, estudian, y fuera de los patrios lares, admiran en el extranjero la fecunda labor de envidiables sistemas penitenciarios ¡Éstos, esto sí, exclaman! y los traducen en sus obras; ebrios de entusiasmo y pletóricos de ciencia, no comprenden que los norteamericanos, los ingleses y franceses no son españoles;

Así, desde finales del mismo mes de mayo de 1903 se cuestionaban las reformas emprendidas por Eduardo Dato. Sin haberse puesto todavía en marcha la *Revista Penitenciaria* como órgano difusor de las iniciativas del Consejo Penitenciario (su primer número es de 1904), el foro profesional encontró en la *Revista de las Prisiones* el modo de difundir el descontento hacia tales señaladas iniciativas. Se trataba entonces de reivindicar las propuestas de Cadalso insertadas en el decreto de 1901, y una visión más conservadora de la actuación penitenciaria, reivindicando el régimen progresivo del «Penal de Elmiras».

Tal visión descreída, cuando no renuente o reactiva, se apreció en la editorial de la *Revista de prisiones* y en los artículos de los funcionarios que se expresaban por aquel medio de difusión profesional, restando credibilidad a las reformas y otorgando mayor prioridad a otras cuestiones como los establecimientos y/o lo relativo a los salarios de los funcionarios (114). Se vertían entonces censuras aglomeradas, sustrayendo relevancia a ciencias como la antropología (115); o críticas veladas, apoyando el impulso administrativo hacia la formación profesional y en algún caso a la Escuela de Criminología, pero con prevenciones (116).

La escasa vigencia desde la promulgación de la norma tutelar correccional de 18 de mayo de 1903 no impedía la crítica antes incluso

---

que legislar para ellos no es legislar para nosotros; que el sajón no es el ibero, y que las aptitudes de las naciones son distintas (...). Lea el Consejo Penitenciario el hermoso artículo que publicó el Director de la Celular de Madrid y merítísimo funcionario del Cuerpo de Prisiones D. José Millán Astray... Sin que en nada desmerezca la mucha valía de quienes, como D Fernando Cadalso, tan bien la tiene acreditada; de un Silvela y de un Lastres, de todos ellos, el Cuerpo de Prisiones debe ser oído en cuantos estudios se hagan en el Consejo; que sus empleados viven con el recluso y le conocen perfectísimamente». Cfr: F.P., «Reforma penitenciaria», en *Museo Criminal. Revista Ilustrada*, Año 1, n.º 12, 15 de junio de 1904, p. 102.

(114) Vid. DOMÍNGUEZ, A., «Lo útil con lo justo», en *Revista de las Prisiones*, año XI, n.º 20, 24 de mayo de 1903, pp. 217 y 218

(115) Vid. ALIJO, J., «Estudios antropológicos (continuación)», continuando lo escrito en el número 18 de la *Revista*, en *Revista de las Prisiones*, año XI, n.º 22, 8 de junio de 1903, pp. 241 y ss.

(116) Cfr: YAGÜE, G., «La Escuela de Criminología», en *Revista de las Prisiones*, Año XI, n.º 24, de 24 de junio de 1903, pp. 271-273, quien ya expresaba: «las ventajas que ha de reportar la creación de esta Escuela, las cuales serán justamente apreciadas en lo futuro (...) El beneficio mayor, tal vez, que ha de producir la Escuela, en un porvenir más o menos remoto, es la sustitución de los empleados meramente burócratas del Centro Directivo, por funcionarios dotados de suficiencia científica y de algún conocimiento práctico de las prisiones» (p. 271) «Ciertas ciencias cuya posesión es altamente conveniente, no tendrán aplicación en nuestros vetustos edificios penitenciarios, en tanto que las virtudes profesionales del empleado de Prisiones serán siempre de imprescindible necesidad» (p. 272).

de su puesta en marcha, sin periodo alguno de cortesía, como se hizo desde la *Revista de las Prisiones* reivindicando los decretos de Julián García San Miguel de 1901 y cuestionando las últimas reformas, como sigue: «Por espacio de mucho tiempo, un espiritualismo exagerado ha considerado al hombre como demasiado independiente del medio en que vive; hoy, por una reacción aún más sistemática, el positivismo le hace depender demasiado del medio e influjos exteriores y de los elementos atávicos o hereditarios. Las últimas reformas son prueba inequívoca de esta última tendencia (...). Puede decirse que los citados decretos se inspiran en la tendencia positivista exclusivamente». O, también: «Todo lo contrario a esta tendencia significaban las reformas del ilustre Marqués de Teverga, que a más de ser prácticas y viables y atemperarse a la realidad, consideran y estudian en el delincuente al hombre moral (...). Gradúa su prisión en períodos, y le promete su libertad anticipada, si cumple con las prescripciones del derecho (...). Ahora se comienza, a mi juicio, por donde debiera acabarse. Se empieza creando la Escuela de Criminología, para que el funcionario conozca a quien ha de dirigir; y siendo el preso, según la Escuela, un enfermo, debe curarle el pedagogo, el Médico y la Ley» (117).

La ácida crítica se traslucía de nuevo desde la Editorial, «la ilustrada Redacción» en términos del por entonces Director de la *Revista de las Prisiones*, Ramiro Alonso de Villapadierna, en el cargo desde septiembre de 1903, quien asimismo otorgaba reconocimientos y lealtades al señalar: «cuento con el concurso del Sr. Cadalso, de todos conocido por su talento y especial competencia en la materia y que, como es sabido, constituye el alma de la Revista, que él creó, ayudado por los Sres. Ródenas y Soler, y alimentó con su inteligencia» (118), para, aprovechando el cambio ministerial y la salida del ministro Eduardo Dato de Gracia y Justicia, censurar mucho de lo realizado durante su mandato.

Con una mirada retrospectiva, la crítica a la visión ilusionada y utopista que veían algunos profesionales en la iniciativa de Salillas pareciera, desde entonces también anticiparse a la que se expresó, tres cuartos de siglo más tarde con la entrada en vigor de la Ley General Penitenciaria, en un país empobrecido y deficitario en tantos ámbitos. Así se decía desde el mismo año de 1903: «Siempre es lento y penoso

(117) Cfr. ALFONSO CORDERO, C., «La escuela espiritualista y la escuela antropológica», en *Revista de las Prisiones*, año XI, n.º 25, 1 de julio de 1903, pp. 292 y 293.

(118) Cfr. ALONSO DE VILLAPADIERNA, R., «A los lectores de la Revista», en *Revista de las Prisiones*, año XI, n.º 33, 1 de septiembre de 1903, p. 354.

el desenvolvimiento de las instituciones sociales, a cuya ley biológica no pueden exentarse las penitenciarías, como tampoco pueden susstraerse a la acción de las costumbres, carácter, temperamento, tendencias y estado económico de cada pueblo. Querer, dado el atraso de España en tales problemas, importar y aplicar súbitamente los progresos y perfecciones de Bélgica, Francia, Estados Unidos, que más que por propia y detenida observación se conocen por lecturas, resultará tan reñido con la realidad, tan verdaderamente quimérico, como resultaría aspirar a competir con Inglaterra en escuadras, con la misma Bélgica y con Suiza en cultura, con Rusia en extensión territorial» (119); o, también criticando los nueve decretos firmados por el ministro saliente, en «El Señor Dato», donde se dice: «no todo lo que es bueno en sí resulta hacedero y de práctica utilidad», aprovechando así la ocasión para denostar, al albur de tales críticas y sin ambages, otra norma de impulso salillista como lo fue el Decreto de 23 de diciembre de 1889, de creación de la colonia penitenciaria de Ceuta (120).

Las inectivas contra el sistema salillista serían desde entonces continuas, cuestionando expresamente la oportunidad de la Escuela de Criminología y censurando a los destinatarios de tales enseñanzas y el carácter de las mismas (121); u otorgando prelación a otras necesidades (122). Así, por ejemplo, desde la redacción de la Revista se valoraba y publicaba un artículo de Canuto Alfonso Cordero, aparecido como carta al Director en el diario El País, sirviendo, así, de vocero de la iniciativa cadalsiana. En el mismo, se decía: «Si los adelantos progresivos todos estamos obligados a elogiarlos, no cabe duda que el real Decreto de 3 de junio de 1901, relativo a los sistemas penitenciarios, promulgado por el ilustre Marqués de Teverga, es el que tiene analogía con el de Elmira (...). En la novísima legislación de Prisiones, refrendada por el Marqués de Teverga, está la fuente del progreso de nuestro sistema penitenciario, y nos extraña mucho que el Sr. Dato haya tratado, con sus múltiples y rarísimos decretos de cegarla» (123). Lamentaba, el por entonces funcionario Ayudante de la prisión de Burgos, que el sistema del Decreto de 1901 no estuviera aún implan-

---

(119) Cfr. *Editorial*: «El nuevo ministro», en *Revista de las Prisiones*, n.º 28, 24 de julio de 1903, p. 314.

(120) Cfr. *Últ. ob. cit.*, pp. 314 y 315.

(121) Así, en el artículo del Doctor Trapero (médico de la prisión celular): «La Escuela de Criminología», en *Revista de las Prisiones*, año XI, n.º 23, 16 de junio de 1903, pp. 264 y 265.

(122) *Vid.* YAGÜE, G., «En cuatro palabras», en *Revista de las Prisiones*, año XI, n.º 30, 8 de agosto de 1903, pp. 329-331.

(123) Cfr. ALFONSO CORDERO, C., «Sistemas penitenciarios», en *Revista de las Prisiones*, año XI, n.º 34, 8 de septiembre de 1903, pp. 371-373.

tado y animaba al ministro y al Director General de Prisiones a «poner en vigor todo lo bueno que promulgó el Marqués de Teverga», de quien afirmaba que «hizo de los funcionarios del Cuerpo directivo, un cuerpo de médicos penitenciarios, y el Sr. Dato ha puesto aquel departamento en condiciones de que gobiernen las Prisiones de España quien desconozca la vida interior de ellas» (124). También sería criticada la iniciativa de la Escuela de Criminología por Antonio Moreno, como sigue: «Corregir y regenerar al delincuente hasta donde sea posible, creemos que este resultado no se conseguirá con la creación de la Escuela de Criminología, ni con estudiar en ella psicología normal y normal del delincuente, antropología, etc., que tanto se presta al error y la controversia; sino con reformas sociales en el orden preventivo, y en el represivo en el de tener Establecimientos que permitan variar de sistema para que desaparezca el de aglomeración, único que puede establecerse en la actualidad» (125). Asimismo, en el número de 16 de octubre de 1903 se advierte, criticando en este caso el plan de enseñanzas de la Escuela: «Parécenos que la orientación que se señala conducirá derechamente a tener por locos a los malhechores, a aplicar tratamientos materiales a los infractores de las leyes y a convertir las cárceles en manicomios» (126).

En el muy crítico número de la citada Revista de la semana anterior, de 8 de octubre de 1903, se habían aprovechado específicamente tres artículos para censurar las iniciativas y personalmente a Salillas, no sin antes señalar: «pronto hará un año que comenzaron a publicarse Decretos relativos al ramo de Prisiones, y han sido en número tan considerable, que, en ningún periodo de ardor reformista, salieron tantos en tan pocos meses. Tampoco conocemos reformas que hayan despertado menos fe en el personal encargado de cumplirlas ni producido más general desánimo cuando no profunda contrariedad en el Cuerpo» (127). Y en esta misma línea persistirán las posteriores censuras contra las reformas aludidas y especialmente contra la Escuela de Criminología (128), en sus siguientes números, todos de aquel mismo año de 1903.

(124) Cfr. ALFONSO CORDERO, C., «Sistemas penitenciarios...», ob. cit., p. 372.

(125) Cfr. MORENO, A., «La Escuela de Criminología y el cuerpo de prisiones», en *Revista de las Prisiones*, Año XI, n.º 37, 1 de octubre de 1903, p. 416.

(126) Cfr. Editorial: «Las reformas de prisiones. Escuela de Criminología», en *Revista de las Prisiones*, Año XI, n.º 39, 16 de octubre de 1903, p. 438

(127) Cfr. Editorial: «Merece la pena», en *Revista de las Prisiones*, Año XI, n.º 38, 8 de octubre de 1903, p. 421.

(128) Vid., acerca de tales críticas, entre otros, CADALSO Y MANZANO, F., *Diccionario de la Legislación penal y de prisiones*, tomo II, Apéndice, Góngora y Álvarez

Este era el ambiente profesional –inducido por quien podía y se opuso siempre–, en el que se insertaban tan renovadores decretos, por lo que la Escuela de Criminología tardaría en ponerse en marcha, y el modelo tutelar encontraría constantes dificultades administrativas para dar sus frutos. No por ello Salillas dejaría de impulsar y reivindicar la valía de su modelo tratamental correccional. Así se apoyaba, de nuevo con audacia en sus planteamientos, en la visión que rescataba desde el VI Congreso Internacional de Antropología Criminal, celebrado en Turín desde el 28 de abril al 3 de mayo de 1906 y en la legislación holandesa del año 1905. Especialmente señalaba, como limitada pero correcta la conclusión 5.<sup>a</sup>, de las aprobadas en dicho Congreso, según la cual: «tanto desde el punto de vista teórico como desde el práctico, el tratamiento de los jóvenes delincuentes podrá y deberá ser el prototipo para el tratamiento de los adultos» (129). El enlace del modelo tutelar de jóvenes con las categorías criminológicas, con el uso de la psicología en prisión, así como la experiencia de Elmira siguiendo el modelo de sentencia indeterminada, le servía para reforzar lo dicho y plantear lo que entendía habrían de ser las modernas tendencias a seguirse en el terreno penal y penitenciario. En opinión del Salillas de 1908, ello «equivale a tanto como a romper los moldes legales que han regido tradicionalmente y que se han sistematizado en los Códigos penales que en su mayoría aún subsisten. Y todo esto es debido no a las investigaciones de la Criminología referentes a los delincuentes adultos, sino a la mayor benevolencia de criterio penal tratándose de delincuentes jóvenes (...). El Reformatorio con extensión a los adultos, se manifiesta como primer ensayo en el de Elmira, que se encarga de los varones mayores de 16 años y menores de 30 (...). El Reformatorio de Elmira lo debemos reputar como un gran laboratorio de donde han salido y de donde saldrán las normas esenciales de la moderna penología (...). El reformatorio moderno, el de Elmira, por ejemplo, no se hubiera podido constituir sin los rumbos científicos iniciados y avivados por la escuela positiva de Derecho penal. En este reformatorio se ensaya un principio, el de la condena indeterminada, que nace con la moderna criminología» (130).

---

Ed., Madrid, 1896-1908, pp. 433 y ss.; y dando noticia recientemente, SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., «Centenario de la escuela de Criminología», ob. cit., pp. 283, 284-286.

(129) *Vid.* SALILLAS, R., «Sentido y tendencia...», ob. cit., p. 578.

(130) *Cfr.* SALILLAS, R., «Sentido y tendencia...», ob. cit., pp. 585-587 y 602. El propio Director del reformatorio de Elmira, Zebulon R. Brockway, había señalado la relevancia en su sistema de la sentencia indeterminada como sigue: «El sistema penitenciario reformatorio estadounidense se basa en el principio de protección en lugar de castigo; en el principio de la sentencia indeterminada en lugar de la sentencia



Si la crítica al sentido y modelo de la Escuela de Criminología fue inmediata por parte de Cadalso, la miopía o su primer desinterés expresado respecto a la aportación del Decreto de 18 de mayo se advertía igualmente desde el inicio, en sus palabras publicadas en el apartado de su negociado en el Expediente del año de 1904 para la reforma, cuando afirma que el régimen de tutela y tratamiento correccional, «es, a mi entender, el mismo de 3 de junio de 1901. Emplea el nuevo distintos términos de expresión, y cambia determinados nombres, llamando Junta correccional a lo que allí se designa con el de Tribunal de disciplina; que los penados se dividirán en secciones, en vez de periodos; que los vigilantes llevarán cuadernos, en vez de notas de conducta, etc.; pero en lo esencial, y hasta en su desarrollo, no se diferencian. En el Decreto de 1901 se establece el sistema progresivo, con su período de tratamiento individual, y para las Prisiones en que por su estructura no fuera aplicable la reclusión en celda, el de clasificación, que es lo mismo que en el de 1903 se hace. En este se consiguen algunas prohibiciones que no podrán practicarse, como por ejemplo que no se mezclen, ni aun en los patios, los reclusos de distintas secciones. En Santoña, verbigracia, que no hay más que un patio; en el Milagro y Pedrera, de Tarragona, que ocurre lo mismo; en algunos departamentos de Ceuta, como el Principal, Jadú, Enfermería, que se hallan en igual caso, y en el Acho, Barcas y Militares, que no le tienen (el patio), difícilmente podrá cumplirse la prescripción. También creo que quede sin cumplir lo relativo a la gimnasia que han de hacer los penados y enseñar los vigilantes en todos y en cada uno de los establecimientos» (131). Y, desde entonces, la crítica de Cadalso

---

de tiempo habitual; y con el propósito de rehabilitación de delincuentes en lugar de su moderación por intimidación. Esta teoría funciona un cambio de actitud por parte del estado, un cambio de la relación con los delincuentes, e implica un procedimiento de prisión diferente». Cfr. BROCKWAY, Z.R., «The American Reformatory Prison System, en *American Journal of Sociology*. Vol. 15, n.º 4 enero 1910, p. 454.

(131) Cfr. CADALSO, F., «Informe del negociado de inspección...», en Dirección General de Prisiones: Expediente general para preparar la reforma penitenciaria». Dirección General de Prisiones, Imprenta Hijos de J.A. García, Madrid, 1904, p. 47. Manifestaciones inesperadas de una autoridad en la materia como Fernando Cadalso, ciertamente similares a las que se publicaban, muchos años después tras la promulgación de Ley General Penitenciaria de 1979, por otro penalista de renombre, que asimismo pareciera no advertir o no aceptar el cambio que por fin llegaba. Así, Rodríguez Devesa, se expresaba como sigue: «El afán por el cambio o fraude de las etiquetas ha llevado a la LOGP 1979, art. 72.1, a apartarse de la nomenclatura del artículo 84 del C.P., sustituyendo el *sistema progresivo* por el sistema de individualización científica, separado en grados». Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M./SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte General*. 18.ª ed., Dykinson, Madrid, 1995, p. 964.

no cesa. Todavía veinte años más tarde, empedernido concluía en sus *Instituciones penitenciarias y similares*: «En 18 de mayo de 1903, se promulgó un nuevo Real decreto tan sobrado de palabras como carente de ideas, aparte la capital, que en realidad fue la única, de combatir el anterior. Consta de 47 artículos y no tuvo ninguna eficacia. Se le llamó de tutela y de reforma, y ni tuteló ni reformó», afirmando asimismo que la norma de 1903 «omite la división de la pena en períodos que Crofton estableció al implantarla en Irlanda»; o que «detuvo la acción de la anterior con daño de la reforma, pero en vano se pretendió anularla» (132). Y en su obra última, acerca del Directorio militar volverá a su visión y a vilipendiar la Escuela de Criminología.

Como se ha señalado, aquellas iniciativas legislativas salillistas tendrían no obstante un escaso recorrido normativo, un futuro limitado al desaparecer cualquier modalidad de clasificación indeterminada y al establecerse de nuevo el régimen progresivo en el integral Decreto de 5 de mayo de 1913. Por lo que el siguiente rastro y antecedente de la intención científica en el examen del recluso se advierte, como felizmente ha rescatado Téllez Aguilera (133), en la actuación del Instituto de Estudios Penales desde el decreto republicano (del bienio progresista) de 23 de febrero de 1933, que creaba un servicio de Biología Criminal en el anexo psiquiátrico dependiente de dicho instituto (134), con el objeto de impulsar el estudio científico sistemático de los delincuentes recluidos en las prisiones de Madrid, para que dichos resultados, comunicados a los Establecimientos donde el recluso se hallare, pudieran tenerse en cuenta en el tratamiento penal del mismo. Desaparece así la idea de la clasificación indeterminada, pero se impulsa la científicidad en la ejecución. Y si ello resulta un antecedente de la idea tratamental actual, el propio Instituto de Estudios Penales, con tales cometidos, habría de serlo respecto de la Central Penitenciaria de Observación,

---

(132) Cfr. CADALSO, F., *Instituciones penitenciarias y similares...*, ob. cit., pp. 451 y 452.

(133) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A., «La Central de Observación...», ob. cit., pp. 411 y ss.

(134) Anexo sumamente criticado ya en pleno franquismo, por autores como José Guallart, quien al respecto afirmaba: «Así, la historia del nuevo Instituto encarna en alegrías presupuestarias, signo de Frentes Populares. Y en la frondosidad en crear nuevos órganos –Anexo Psiquiátrico, Servicio de Biología Criminal– con sendas dotaciones y escasos rendimientos. Y en el afán de invadir la vida académica –táctica institucionista, igualmente–, excediendo la modesta y peculiar misión de una Escuela formadora del personal penitenciario, para llegar a querer ser más que la Universidad misma». Vid. GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOECHEA, J., «La Escuela de criminología», en VV.AA., *Una poderosa fuerza secreta...*, ob. cit., p. 207.

como institución determinante para la continuación de tales fundamentos científicos en el ámbito de Prisiones.

Las prescripciones del Código penal de 1928, o del de 1944, así como por los Reglamentos de 1928, 1930 (que tuvo a bien reestablecer la Escuela de Criminología) (135), no incidieron más en ello hasta recogerse en el Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1948, en su preámbulo, la intención de otorgar «un rigor científico al régimen penitenciario español, con arreglo a las más avanzadas doctrinas que miran al delincuente como persona humana», y en el establecimiento posterior de la Prisión Central de Observación, y aunque con preceptos más livianos, por influjo de la normativa de Ginebra de 1955, en el Reglamento de 2 de febrero de 1956, se venía no obstante a apuntalar el régimen progresivo de cumplimiento de condenas finalmente fortalecido y estrechado en el régimen autoritario imperante, olvidadas ya cualesquiera ideas relativas a la indeterminación. Y ello hasta 1968.

Sirva pues en todo caso, para sintetizar la trascendencia del progresivo y la posterior historia penitenciaria española del siglo xx, la división ofrecida por Bueno Arús, que, aun sin advertir la norma de 1903, la dividía en cuatro etapas, como sigue: «1.<sup>a</sup>, de 1881 a 1901, búsqueda de un modelo penitenciario; 2.<sup>a</sup>, de 1901 a 1936, adaptación del sistema progresivo; 3.<sup>a</sup>, de 1937 a 1968, consolidación del sistema progresivo; y 4.<sup>a</sup>, de 1968 hasta nuestros días, transformación del sistema progresivo por la adopción de métodos científicos y reconocimiento expreso de los derechos humanos del recluso» (136). Y si la posible ruptura del automatismo y la progresividad se aprecia como principal esencia del sistema de individualización científica, para el rescate de los antecedentes habremos de fijar nuestra atención en el cuarto de tales citados periodos, cuando en España comienza a agrie-

---

(135) Vid. *Gaceta de Madrid*, n.º 325, de 21 de noviembre de 1930, pp. 1030 y ss. Específicamente en el inicio del amplio artículo 42 se disponía: «Con arreglo a lo determinado en el artículo 171 del Código penal, el cumplimiento de las penas de reclusión y prisión en todas las Prisiones nacionales, cualquiera que sea la índole de su especialidad, se ajustará al sistema penitenciario progresivo». La Escuela de Criminología se restablecía en el Capítulo IV del Reglamento, por virtud de los artículos 398 y 399, señalando el primero: «Se restablece la suprimida Escuela de Criminología, la cual volverá a funcionar cuando las necesidades del servicio lo aconsejen, a juicio de la Dirección General del Ramo, para la preparación técnica del personal de Prisiones». No obstante, habrá de esperarse al Decreto de 29 de marzo de 1932 para la reconversión de la Escuela en el Instituto de Estudios Penales, y al Decreto de 26 de febrero de 1935 para restablecerse de nuevo la Escuela hasta su supresión por decreto de 7 de marzo de 1936, volviendo a restablecer el Instituto de Estudios Penales.

(136) Vid. BUENO ARÚS, F., «Cien años de legislación penitenciaria (1881-1981)», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 232-235, enero-diciembre 1981, p. 67.

tarse el modelo progresivo puro y surgen las primeras influencias que derivan en la introducción de reformas legislativas, con fines tratamientos hacia la concepción actual de la prevención especial positiva en prisiones.

Pero las pesquisas y el seguimiento de la expresión protagonista, nos pueden llevar cronológicamente antes a atender a la experiencia externa, a latitudes que fueron modélicas en su momento, y que ofrecían de nuevo, casi en el ecuador del siglo XX, ideas con futuro, durante los años de plomo y de retraso dictatorial en España. Así se advierte en los Estados Unidos de América la terminología objeto de estudio y un modelo de interés, por cuanto el término *individualización científica* asociado al tratamiento, en el marco de la sentencia indeterminada, se contempla en dicho entorno comparado, así expresado en el año 1943, en los términos de James V. Bennett, Director de la Oficina Federal de Prisiones con la presentación de la Federal Corrections Act, con terminología que rememora, seguramente sin conexión voluntaria, el lenguaje y las ideas, cuatro décadas anteriores, de Salillas, reivindicando aquel «el *tratamiento individualizado* y un sistema de libertad condicional inteligente», así como dando noticia de la norma que «logra el fin buscado por todos los estudiantes de criminología. Una estrecha coordinación e integración de las funciones de sentencia y tratamiento. En dicho sistema, los presos aprenderán a comprender que su propio comportamiento y no el tipo de delito es el factor principal para determinar la disposición de sus casos y dentro de amplios límites la duración de su estadía en la institución». Dichos procedimientos se explicaban, como sigue: «Lo que se necesita es un plan que haga posible la reforma del preso dentro del plazo especificado por el tribunal, que no debe ser ni demasiado corto ni demasiado largo. La idea es que el propósito fundamental de la sentencia es proteger al público reformando o incapacitando al delincuente individual y disuadiendo a otros de cometer delitos similares (...). Se debe encontrar un método por medio del cual se proporcionará tiempo para estudiar al infractor individual, evaluar e interpretar el juego de factores físicos, psicológicos y sociológicos, y estos deben entenderse antes del tiempo necesario para lograr un cambio en el delincuente (...). Un principio fundamental del procedimiento propuesto se basa en el principio de que la experiencia clínica es necesaria para determinar la duración de la sentencia de un delincuente».

Las tareas de clasificación penitenciaria se explicaban entonces por el Director Bennett, como sigue: «existe en el sistema penitenciario federal una unidad de clasificación con instalaciones y personal médico psiquiátrico y de servicios sociales esenciales y personal en

cada institución penal o correccional federal. Estas unidades hacen hoy estudios cuidadosos de los antecedentes penales y de la salud física y mental y las capacidades de la familia, personal, educativa, profesional, recreativa y otra información sobre cada preso sometido a los tribunales federales, y que actúa a través de un comité de especialistas que evalúa los numerosos elementos en cada caso y llega a un diagnóstico y programa de tratamiento para cada prisionero individual. El proyecto de ley propone que estas unidades de clasificación emprendan este procedimiento antes de la sentencia en lugar de después y presenten los resultados a un miembro de la junta ampliada de libertad condicional para su consideración y presentación ante el juez de primera instancia dentro de los 6 meses posteriores a la condena». En concreto, en relación con dicho sistema se afirmaba: «La *individualización científica del tratamiento* del delincuente es ciertamente difícil de lograr. Ningún estudioso del problema de la conducta criminal ha declarado que puede entenderse claramente o la actitud o la conducta de un delincuente, redirigida por métodos bien reconocidos. Sin embargo, todos aquellos que favorecen dicho sistema sostienen que existe un conjunto de datos y experiencia clínica que puede ponerse en juego para reducir los trágicos errores involucrados en el método actual de eliminación de los presos» (137).

#### IV. LA REFORMA ESPAÑOLA DE 1968 Y EL TRATAMIENTO PENITENCIARIO. UNA BREVE APROXIMACIÓN HACIA EL PRESENTE.

El clásico sistema progresivo de criterios rígidos, con exigencia de transcurso automático de tiempos mínimos de condena e inexcusable acceso de unos grados a otros hasta obtener la libertad, atravesando por diversos períodos y con traslados de establecimientos, había comenzado a quedar superado ya desde la reforma de 1968 al artículo 48 del derogado Reglamento de los Servicios de Prisiones, «colocando como eje del aún denominado sistema progresivo la noción de tratamiento» (138), y pudiendo así hablarse de un nuevo y peculiar sistema.

---

(137) *Vid.* United States. Congress. House. Committee on the Judiciary: Federal Corrections Act and Improvement in Parole: Hearings Before Subcommittee n.º 3 of the Committee on the Judiciary. House of Representatives. US Government Printing Office, Washington D.C., December 31, 1943, p. 134 (la cursiva es nuestra).

(138) *Cfr.* MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *El sistema de individualización científica y libertad condicional*. Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia,

El antecedente directo y relevante (139) que marcará el sentido de la norma legal de 1979 es, no obstante, el Decreto 162/1968 de 25 de enero, sobre modificación de determinados artículos del reglamento de los servicios de prisiones de 2 de febrero de 1956, que se dictaba, según su Exposición de motivos, tras comprobar «*la necesidad de mejorarlo en su aspecto técnico*», de modo que recogiera «*las nuevas soluciones que la ciencia penitenciaria ofrece, aplicando métodos nuevos a los complejos problemas de reeducación y reinserción y readaptación social de los delincuentes*». La Criminología Clínica asumiría, desde entonces, un papel determinante en el nuevo enfoque del cumplimiento de la pena privativa de la libertad. Se trataba de formular un diagnóstico, un pronóstico y un tratamiento individualizado, y como expresa Téllez Aguilera, «es por ello que la Criminología Clínica encontró su natural campo de desarrollo en el ámbito penitenciario» (140). La obra y doctrina determinante es, por entonces, la de Jean Pinatel (141), pero el impulso en España provendrá propiamente de la persona y especialidad del psicólogo Jesús Alarcón Bravo (142), quien desempeñará, entre otros, los cargos de director de la Escuela de Estudios Penitenciarios y de Inspector General, una dimensión que llegaría hasta la redacción del Título III del Tratamiento penitenciario en la LOGP, desde el artículo 59 hasta el 71, reservándose García Valdés el artículo 72 (143).

Madrid, 1984, p. 13.

(139) En atinados términos de Fernández Bermejo, «la norma de 1968 hizo resurgir la ideología y pensamiento de Salillas. Fue el segundo antecedente del sistema de individualización científica contemplado en la vigente LOGP». Cfr. FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «Del sistema progresivo a la individualización...», ob. cit., p. 503.

(140) Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., *Criminología...*, ob. cit., p. 375.

(141) Vid. PINATEL, J., *Criminología*, en BOUZAT, P./PINATEL, J., , tomo III, 2.<sup>a</sup> ed. Caracas, 1974, pp. 556 y ss.; al respecto, vid. HERRERO HERRERO, C., *Tratado de Criminología Clínica...*, ob. cit., pp. 56 y 57.

(142) Vid., al respecto, ALARCÓN BRAVO, J., «Tratamiento penitenciario», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, no. 182, julio-septiembre, 1968; más adelante, recapitulando, el mismo: El tratamiento penitenciario: regulación jurídica y práctica actual en España, en: VV.AA., *Psicología social y sistema penal*, compilación de Florencio Jiménez Burillo y Miguel Clemente, Alianza Editorial, Madrid, 1986; del mismo autor: «La clasificación penitenciaria de los internos», en *Revista del Poder Judicial*, n.º especial III: Vigilancia penitenciaria, 1988; del mismo: «El tratamiento penitenciario en el primer decenio de la LOGP», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. extra, 1, 1989, *passim*.

(143) Vid. GARCÍA VALDÉS, C., «Sobre la transición política vivida (los orígenes de la reforma penitenciaria)», en *Revista de Estudios Penitenciarios*. Extra 2013, *In memoriam* del Profesor Francisco Bueno Arús. Madrid, 2013, p. 67; el mismo: «Recuerdos de memoria: cómo se elaboró la Ley Orgánica General Penitenciaria...», ob. cit., p. 34.

Se ha dicho que el tratamiento (144) en el Reglamento de 1968 responde a ideas correccionalistas y giraba en torno a la educación, el trabajo y la religión, concretándose las clasificaciones con base en las decisiones del Subdirector, del médico, del maestro y del capellán en reuniones semanales (145), algo muy similar a lo expresado por Salillas en normativa señera, reproducido *supra*. Y, sin embargo, en la Exposición motivadora de 1968, se vino a afirmar: «*El tratamiento se basa fundamentalmente en el estudio científico de la personalidad del sujeto, y la progresión en el mismo se hace depender de la conducta activa del interno, entrañando un acrecentamiento en el grado de confianza en el depositado y la atribución de responsabilidades cada vez más importantes que habrán de comportar una mayor libertad*».

El psicólogo Jesús Alarcón resumía la trayectoria normativa como sigue: «nos acercamos más al concepto de tratamiento si no lo separamos de la trilogía observación-clasificación-tratamiento. Entre nosotros, en España, el concepto de tratamiento, así como la postura doctrinal y la serie de aplicaciones y consecuencias que hay tras él, responden a una preocupación, a una necesidad y a una aspiración sentida en los años 60 por los penitenciarios –un grupo importante de ellos–, partidarios de un cambio profundo en este sector de la Administración Pública: empezó a acogerse en la Reforma del Reglamento penitenciario de 1968 (Decreto 162/1968, de 25 de enero; véase, en especial, entre otros los artículos 48, 49 y 50), se confirmó en la Ley 39/1970 de reestructuración de los Cuerpos Penitenciarios, se ha mantenido y continuado en la reforma del Reglamento de 1977 (Real Decreto 2273/1977 de 29 de julio) y en la Ley 36/1977, de Ordenación de los Cuerpos Especiales y creación del Cuerpo de Ayudantes, y alcanza su máximo desarrollo en el Título III del Proyecto de Ley General Penitenciaria (junio de 1978)» (146).

La modificación del artículo 48 del anterior Reglamento de 1956 iba a ser entonces determinante para el cambio y la transformación del sistema. Si bien no se utiliza propiamente el término «individualización científica», algunos de los caracteres ya se advierten con similares términos a los actuales. En términos de aquella normativa: «Las penas de reclusión, presidio o prisión se cumplirán conforme deter-

(144) *Vid.*, al respecto, el número monográfico sobre el Tratamiento Penitenciario de la *Revista de Estudios Penitenciarios* n.º 182, de 1968.

(145) *Vid.* CORROCHANO HERNANDO, G., «Los comienzos del Tratamiento en los establecimientos penitenciarios», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra año 2019, 40 años de Ley General Penitenciaria, 2019, p. 118.

(146) *Cfr.* ALARCÓN BRAVO, J., «El tratamiento penitenciario», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º2, 1977-1978, pp. 17 y 18.

mina el artículo ochenta y cuatro del Código penal, según el sistema progresivo, que comprenderá los siguientes grados: Primero: De reeducación del interno. Segundo: De readaptación social, con tratamiento dirigido en un clima de confianza. Tercero: De prelibertad. Cuarto: De libertad condicional. Los tres primeros grados se corresponden, respectivamente, con los establecimientos de régimen cerrado, intermedio y abierto». Lo siguiente del precepto ha permanecido dotando de relevancia a dicha reforma, al señalar: «Siempre que el sujeto demuestre estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le precedan».

El artículo 49, daba origen a una redacción muy similar a la del actual art. 62. Según el mismo: «El tratamiento se inspirará en los siguientes principios: a) será de carácter continuo y dinámico, dependiente en extremo de las incidencias en evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena; b) Estará basado en el estudio científico de la constitución, temperamento, carácter, aptitudes y condicionamiento social del sujeto a tratar, con la variable utilización de métodos psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, según la consideración de la personalidad individual de cada interno en la aplicación de los correspondientes.; c) Consecuente con los distintos grados previstos, el tratamiento tendrá finalidades concretas...»

La cientificidad en la labor penitenciaria alcanzaba un mayor soporte normativo y organizativo con la Ley 39/1970, de 22 de diciembre (147), de reestructuración de cuerpos penitenciarios que crea el Cuerpo Técnico de Instituciones Penitenciarias, como un cuerpo de especialistas, psicólogos, juristas-criminólogos, pedagogos y sociólogos, quienes impulsarán la aplicación científica del tratamiento penitenciario. El artículo primero ya pareciera denotar, incluso en su redacción, cierta prevalencia al citarse el tratamiento antes del régimen, como sigue: «Corresponde a los funcionarios dependientes de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias el desempeño de los cometidos propios de las actividades de tal naturaleza en el tratamiento y régimen».

Se dictaría posteriormente la última reforma del Reglamento del Servicio de Prisiones anterior a la Ley, por Real Decreto 2273/1977, del Ministerio de Justicia, de 29 de julio, que recogía diáfana la influencia pinateliiana y del concepto de Jesús Alarcón Bravo en su articulado, y en todo caso continuista en lo esencial del anterior

---

(147) BOE de 31 de diciembre de 1970.



de 1968, manteniendo el elemento tratamental, e impulsando los conceptos y procedimientos de la Criminología clínica, por lo que se advierte el gradual abandono (148) de las categorías del sistema progresivo, para adoptar el de individualización científica.

## V. LA INTEGRACIÓN DE LA HERENCIA SALILLISTA EN LA LEY Y EN EL REGLAMENTO PENITENCIARIO

El Proyecto de Ley General Penitenciaria (*Boletín Oficial de las Cortes*, n.º 148, del día 15 de septiembre de 1978), que se presentaba como ley ordinaria, por no haberse aprobado aún la Constitución, establecía en lo relativo a su artículo 72: «Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema progresivo, que comprenderá cuatro grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal» (149). Adelantando ya la prelación tratamental frente a los criterios regimentales, el apartado tercero del precepto en el Proyecto no presentó modificación alguna manteniéndose en la redacción vigente. Dicho precepto del proyecto sería únicamente cuestionado por el Grupo Socialistes de Catalunya, quienes mediante la enmienda n.º 51 presentada el 3 de octubre de 1978 al proyecto de ley, proponían hacer desaparecer la referencia al sistema progresivo, quedando el texto de su propuesta redactado de la siguiente forma: «Las penas privativas de libertad comprenderán cuatro grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal». Su motivación aludía a que «no es preciso hacer alusión al sistema en que se inspira el legislador...». Se presentaba después en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, en el Congreso de los Diputados, del día 18 de julio de 1979, el Dictamen de la Comisión de Justicia sobre el Proyecto de Ley General Penitenciaria, que incluía ya un artículo 72 reformado en su primer párrafo, como sigue: «Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código

---

(148) Vid. ARANDA CARBONELL, M. J., *Reeducación y reinserción social. Tratamiento penitenciario. Análisis teórico y aproximación práctica*. Premios Victoria Kent. Accesit Año 2006, Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 2007, 49.

(149) Vid. *Boletín Oficial de las Cortes*, n.º 148, del día 15 de septiembre de 1978, recogido también en Cortes Generales: Ley Orgánica General Penitenciaria. Trabajos parlamentarios. (Ed. preparada por el letrado Fernando Sáinz Moreno). Servicio de Estudios y Publicaciones. Madrid, 1980, p. 20. La cursiva es nuestra.

Penal» (150). En ese plazo, hasta la presentación de dicho dictamen con la definitiva redacción, hubo ya alguna señal del resultado final. En los días 5 a 9 de marzo de 1979, en su ponencia presentada al Seminario Hispano-Germánico sobre la reforma del Derecho Penal, organizado por la Universidad Autónoma de Barcelona, García Valdés expresaba: «El sistema penitenciario progresivo, que en versión española al menos es un sistema flexible y que permite la colocación del penado en cualquier grado durante el cumplimiento de la condena, se acerca más al llamado «sistema de individualización científica», lo que hace que cada día se conceda más importancia a las prisiones abiertas» (151).

Si bien el artículo 72 del Proyecto de Ley «consagraba de nuevo el sistema penitenciario progresivo» (152), el reflejo del pensamiento hacia la flexibilidad penitenciaria promovida por Salillas puede advertirse en la orientación de los medios hacia un fin. La reforma penitenciaria impulsada junto a la Constitución española, encontraba un mismo espíritu rector que la impregnaba, erigiendo, «el tratamiento como el eje cardinal sobre el que gira la ejecución de la pena privativa de la libertad» (153). Se ha señalado y reiterado, desde entonces, que la Ley penitenciaria sigue, como primera norma orgánica que es (154), los principios orientadores del artículo 25.2 de nuestra Carta Magna, lo cual es cierto, aunque tales principios, fueran ya bien conocidos y aplicados en el ámbito penitenciario histórico.

La «novísima sistemática» resaltada por García Valdés, que la ley presentaba con dos títulos separados relativos al régimen y trata-

---

(150) En la explicación de dicha modificación en la redacción del artículo 72, causan extrañeza las palabras de Bueno Arús, quien pareciera restar trascendencia al cambio, cuando afirmaba: «sustituyó la mencionada expresión por la de sistema de individualización científica, *cuya trascendencia se reduce a rechazar un sistema progresivo de fases de duración calculada de antemano y de progresión automática (lo que ya había rechazado en la reforma de 1968)*». Cfr. BUENO ARÚS, F., Estudio preliminar, en GARCÍA VALDÉS, C., *La reforma penitenciaria española*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981, p. 37 (La cursiva es nuestra).

(151) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., «Un año de reforma penitenciaria», conferencia recogida en *Estudios de Derecho Penitenciario*. Tecnos, Madrid, 1982, p. 137; con iguales términos, el mismo: *Teoría de la pena*. 3.ª ed. Tecnos, 1987, p. 110.

(152) Cfr. GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*... , ob. cit., p. 289.

(153) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*... , ob. cit., p. 224.

(154) Vid. GARCÍA VALDÉS, C., «La primera Ley Orgánica de desarrollo constitucional. La General Penitenciaria, antecedentes y aspectos esenciales», en VVAA. *Libro Homenaje a Luzón Peña*. Madrid, 2020 (en prensa), p. 1351.

miento, conllevaba una declaración de intereses (155), que verá su plasmación en el artículo 71 de la norma orgánica, considerándose que el régimen había de estar subordinado al tratamiento, estableciendo la relación de medio a fin entre las funciones regimentales y el tratamiento, y señalado por Bueno Arús como «uno de los principios más revolucionarios de la LOGP» (156). El citado precepto vino a recoger en sus dos números tal subordinación y la necesaria coordinación de las actividades integrantes de ambos. El primer apartado del art. 71 LOGP así, y desde entonces, dispone: «El fin primordial del régimen de los establecimientos de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia, las funciones regimentales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas».

García Valdés aprovecharía sus conocimientos y la experiencia histórica, y se forjaba entonces, en sabios términos de Téllez Aguilera, «un modelo, un conjunto ordenado en el que régimen y tratamiento, los dos grandes orbes del mundo penitenciario, debidamente coordinados (artículo 71), se integran en el sistema de individualización científica separado en grados» (157). El término tratamiento intramuros evolucionaba con la ciencia a la que servía. Antes era propiamente un sinónimo de trato (158) y ello abarcaba lo referido desde las cárceles (159) y a los presidios como organizaciones militares (160). La

---

(155) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., Últ. ob. y loc. cit.; el mismo: Derecho Penitenciario (Escritos, 1982-1989). Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, p. 276; declaración de intereses que resalta GARRIDO GUZMÁN, L., «Régimen penitenciario», en VV.AA., *Lecciones de Derecho Penitenciario*. Universidad de Alcalá. Alcalá de Henares, 1985, p. 62; asimismo, señalando la insuficiencia de tales previsiones legales y reglamentarias, y apoyando lo que denomina «un régimen penitenciario resocializador», DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización», en *Eguzkilore*, n.º Extraordinario 2, octubre 1989, pp. 60 y 61.

(156) Cfr. BUENO ARÚS, F., «¿Tratamiento?», en *Eguzkilore*, n.º Extraordinario 2, octubre 1989, p. 93.

(157) Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., *Vidas paralelas en el penitenciarismo europeo...*, ob. cit., p. 83.

(158) Vid. SANZ DELGADO, E., «Del trato al tratamiento penitenciario militar. Algunas reflexiones», en VV.AA. (Sanz Delgado, E. Dir.): *Derecho Penal y penitenciarío*. Nuevos desafíos del sistema penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Germán Small Arana. Ideas Solución. Lima, reimpresión 2016, p. 977.

(159) Todavía Fernando Cadalso, en su explicación histórico evolutiva de las cárceles como lugares de reclusión preventiva, presentaba en su obra de 1922, «Instituciones», el apartado «Régimen y tratamiento», refiriéndose más bien al trato. Vid. CADALSO, F., *Instituciones penitenciarias y similares...*, ob. cit., p. 145.

(160) Vid. GARCÍA VALDÉS, C., «El derecho penitenciario militar: sus orígenes», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXV, MMXII, 2013, pp.

Exposición de motivos del Proyecto de Ley penitenciaria vino a delimitar el término: «La sanción de privación de libertad se concibe como tratamiento, esto es, como actividad directamente dirigida a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados, mediante la utilización de métodos científicos adecuados (...). En consecuencia, será programado, individualizado y voluntario, estimulándose la colaboración personal del interno, llamado a desempeñar un papel cada vez más intensamente protagonista en el marco de un sistema penitenciario progresivo, dotado de una flexibilidad que lo aleje de los precedentes clásicos aproximándolo a lo que podría denominarse un «sistema de individualización científica»». La definición que incorpora hasta hoy el párrafo primero del artículo 59 se referirá a un conjunto de actividades destinadas al citado fin. Y la voluntariedad del mismo es otra idea fuerza que tuvo sus debates y «cierta confrontación» (161) a partir del Decreto de 1977, y habida cuenta de la reforma reglamentaria del artículo 106, que establecía que el interno tenía el deber de «aceptar el tratamiento penitenciario, con arreglo a las técnicas y métodos que le sean prescritos en función del diagnóstico individualizado». Lo reforzaba el artículo 48.5, también reformado, que prescribía «la regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno oposición o resistencia al tratamiento o falta de colaboración». El hecho de haberse incorporado tal cualidad a la Exposición de motivos de la futura Ley, da una idea acerca de su relevancia en el sistema vigente.

La definición del sistema adoptado para la ejecución de las penas privativas de libertad se recoge en el artículo 72.1 de la LOGP. El precepto legal que finaliza el título III de la Ley sería así comentado igualmente a pocos años de su promulgación por su redactor, en un ejercicio de interpretación auténtica, señalando: «*La clásica denominación de sistema progresivo, que se decidió conservar en una pri-*

---

8 y 9; con anterioridad, por todos, señalando tales fundamentos y precedentes normativo-castrenses, el mismo, «Derecho penitenciario militar: Una aproximación histórica», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. XXXIX, fasc. III, septiembre-diciembre, 1986, pp. 773 y ss.; más recientemente, del mismo autor: *Apuntes históricos del derecho penitenciario español*, Edisofer, Madrid, 2014, p. 13; en el igual sentido, SERRANO PATIÑO, J.V., *El sistema penitenciario militar español*. Premio Nacional Victoria Kent 2012, 2.ª Accésit, Secretaría General Técnica. Ministerio del Interior, 2013, pp. 23 y ss.; más recientemente, del mismo autor: *El derecho penitenciario militar...*, ob. cit., p. 32, señalando que «lo militar en lo penitenciario lo impregna todo»; SANZ DELGADO, E., «Del trato al tratamiento penitenciario militar...», ob. cit., p. 971.

(161) Cfr. GÓMEZ PÉREZ, J., «La Ley Orgánica General Penitenciaria: una ley con antecedentes», en *Revista de Estudios Penitenciarios*. Extra 2019, 40 años de Ley Orgánica General Penitenciaria, 2019, p. 167.

*mera redacción, ha desaparecido del texto legal atendiendo, en comisión, una enmienda presentada por los Socialistas de Cataluña».* El apartado 1.º del artículo 72 indicaba que *las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código penal.* En términos de García Valdés, «se ha adoptado el sistema de la individualización científica que es por el que el penitenciarismo más avanzado se inclina en la actualidad», pudiendo citarse, en este sentido, los artículos 4.º y 5.º de la Ley penitenciaria sueca, artículos 1.º y 13.º de la italiana y el artículo 25 de la Ley número 788, de 28 de julio de 1978, francesa. (...) El sistema de individualización científica parte del principio de que no hay diferencia de los métodos de tratamiento según los grados, pues aquéllos no están en función de éstos, sino de la personalidad de cada interno» (162). Se adoptaban de este modo, ya en una Ley democrática, los principios preventivo-especial-positivos que impulsaban a su vez los programáticos contenidos en las Reglas Mínimas de Ginebra para el tratamiento de los reclusos de 1955, la normativa hispana de la reforma de 1968, no sin dificultades (163), la de 1977, las Reglas para el tratamiento de los reclusos del Consejo de Europa de 1973, y las referencias de especialmente las leyes penitenciarias sueca, italiana y francesa.

Durante los primeros años a partir de ser promulgada la LOGP, el Código penal entonces vigente (CP de 1944, refundición de 1973), establecía en su artículo 84: «Las penas de reclusión mayor y menor, presidios y prisiones, se cumplirán según el sistema progresivo. El régimen, grados, ascensos, trabajos, enseñanza y visitas serán establecidos en la legislación penitenciaria». Esta redacción, que se interpretó como una ley penal en blanco (164), por su expresa remisión a la legislación penitenciaria (por entonces, y hasta la aparición del CP 1995), la LOGP y el RP de 1981, traía como consecuencia, sin

(162) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria...*, ob. cit., pp. 224 y 225.

(163) El propio García Valdés hizo mención a «la resistencia de un sector predominante de funcionarios a la creación de los Equipos de Observación, los Educadores, la Central de Observación y a la diferenciación de regímenes...». Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., «Un año de reforma penitenciaria», conferencia recogida en *Estudios de Derecho Penitenciario*. Tecnos, Madrid, 1982, p. 136.

(164) Vid. GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria...*, ob. cit., p. 287.

embargo, la pérdida de prevalencia del artículo 84 que ya no podía ser precepto rector en la materia (165).

Tal flexibilidad legal prevista en el artículo 72.3 LOGP venía a romper, con rango de Ley, con el «progresismo objetivista» (166), que señalara Téllez Aguilera, permitiendo la clasificación inicial del recluso en el tercer grado penitenciario. Si el contenido del citado precepto legal coincidía con el artículo 250 del Reglamento penitenciario de 1981, un primer cierto filtro de control ante las posibilidades de tan inmediata y dúctil clasificación (167) se advertía previsto en el artículo 251 del mismo cuerpo reglamentario, que dispuso: «en el caso de que se proponga para tercer grado a un interno que no tenga cumplida la cuarta parte de la totalidad de su condena o condenas, será necesario que concurren favorablemente calificadas las otras variantes intervinientes en el proceso de clasificación, valorándose especialmente la primariedad delictiva, la buena conducta y madurez o equilibrio personal. En estos supuestos, será necesario un tiempo mínimo de conocimiento del interno, previsión de conducta y consolidación de factores favorables, no inferior a dos meses de estancia real en el Centro que lo proponga». En el Reglamento de 1996 que, como certamente señalara Téllez Aguilera (168), vino a impulsar el principio de individualización científica (tanto en el artículo 20.2 relativo al programa individualizado de tratamiento, cuanto en el art. 100.2 y en el correspondiente artículo 104.3.º), se amplificaban algunos de los

---

(165) Así lo interpretó, auténticamente, GARCÍA VALDÉS, C., *Introducción a la Penología*, 2.<sup>a</sup> ed. Instituto de Criminología. Universidad Complutense, Madrid, 1982, p. 96. Cuestión criticada, desde una visión restrictiva, por Rodríguez Devesa, quien, sin atender a los fundamentos constitucionales, se expresaba como sigue: «Los problemas creados por la ley se agravan, en primer término, por la funesta manía de prodigar las leyes “orgánicas”, que ha de dificultar en grado sumo restablecer la coherencia necesaria con el C.P. y las leyes procedimentales». Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M./SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español. Parte General...*, ob. cit., p. 957.

(166) Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones...*, ob. cit., p. 88; el mismo: *Derecho penal. Parte General*. Edisofer, Madrid, 2015, p. 647.

(167) La profesora Cervelló Donderis se ha referido a ello como un modo de precaución, pretendiendo así impedir el reglamento la posibilidad de una inmediata clasificación inicial en tercer grado. Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V., «La clasificación en tercer grado como instrumento de resocialización», en VV.AA., *El Juez de vigilancia y el tratamiento penitenciario. Estudios de Derecho Judicial*. CGPJ, n.º 84, Vol. 1/2006, p. 166; la misma: *Libertad condicional y sistema penitenciario...*, ob. cit., p. 28.

(168) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A., *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones...*, ob. cit., p. 89.

requisitos citados (169), se sustituía la expresión *primariedad delictiva* por *historial delictivo*, si bien había ya desaparecido el espacio temporal de los dos meses por Real Decreto 1767/1993, siempre que transcurriera el tiempo necesario para su observación y diagnóstico, cumpliendo los requisitos generales exigidos por el artículo 102.2 del propio Reglamento.

El verdadero impulso reglamentario hacia la flexibilidad, que hubiera sin duda interesado a Salillas desde su concepto elástico e individualizador, en desarrollo de lo dispuesto en la Ley, llegaría así definitivamente en el año 1996 con la introducción del artículo 100.2 RP, que señala al efecto: «Con el fin de hacer el sistema más flexible, el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida excepcional necesitará de la ulterior aprobación del Juez de Vigilancia correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad».

El reconocimiento práctico actual, a la iniciativa de Rafael Salillas, a la recuperación y dignificación de su pensamiento por García Valdés, y al empuje tratamental que ampara el reglamentario de 1996, viene en ocasiones incluso a reconocer lo que aquel polifacético oscense denominaba la antinomia entre el código penal y la organización penitenciaria (170), que hubo de reaparecer en el siglo XXI, aportando plasticidad y soluciones por la vía reglamentaria, ante las medidas penales excesivas y de mayor rango del año 2003, recordadas en el inicio de estas páginas. Reformas penales y penitenciarias a todas luces contrarias al pensamiento individualizador penitenciario alentado cien años antes, y que recogía el artículo 72 LOGP. Otra cosa sería la indeterminación sin un filtro humanitarista, que ofreció resultados utilitarios como la antigua cláusula de retención, o simplemente retributivos, como la prisión permanente revisable se nos muestra hoy. La vida penitenciaria intramuros y la jurisdicción especializada lo ponen de manifiesto a diario, en los casos en los que, desde la Admi-

---

(169) *Vid.*, al respecto, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología...*, ob. cit., p. 983.

(170) *Vid.* SALILLAS, R., «Informe del Negociado de Sanidad Penitenciaria», en *Expediente General para preparar la reforma...*, ob. cit., p. 117; característica histórico-penitenciaria, tradicional en la historia penitenciaria española, recogida más recientemente en SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario...*, ob. cit., pp. 109 y 110.

nistración penitenciaria, se adoptan decisiones con base en el principio de flexibilidad, ya no tan excepcional, o incluso cuando es la propia autoridad judicial de vigilancia la que refrenda tal principio solicitado por el interno, como recientemente tenía lugar en el contenido del Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Valladolid, de 5 de marzo de 2020 (171), en relación al mediático caso «Urdangarín», donde poniéndolo en relación con el artículo 72 citado, en la sexta página, se afirma: «El art. 100.2 del Reglamento Penitenciario es el párrafo normativo de mayor transcendencia y ductilidad en materia de clasificación, encaminado a la recuperación de la individualización científica, desnaturalizada tras las reformas de 2003, siendo el reflejo y síntesis cardinal de aquél».

---

(171) Revocado, no obstante, dicho Auto por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en cuanto a las salidas de fin de semana, a pedido de la fiscalía de vigilancia, por Auto de 1 de abril de 2020.



# Prisión permanente revisable y el TEDH: algunas reflexiones críticas e implicaciones para el modelo español\*

JOSÉ NÚÑEZ FERNÁNDEZ

Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

## RESUMEN

*El presente artículo trata de demostrar, por un lado y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dictada hasta el momento, que la vigente regulación española de la prisión permanente revisable es conforme con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Asimismo, se ponen de relieve ciertas inconsistencias y contradicciones de esta doctrina jurisprudencial que resulta decepcionante e insuficiente de cara a una adecuada protección de la dignidad de los condenados a prisión permanente. Por último y a partir del análisis descrito, se intentan establecer algunas implicaciones para el vigente sistema español en materia de resocialización, fines de la prisión permanente después del periodo de cumplimiento mínimo, prescripción del delito y penas de prisión no susceptibles de acumulación.*

*Palabras clave: prisión permanente revisable, jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Convenio Europeo de Derechos Humanos, fines de la pena de prisión permanente tras el periodo de cumplimiento mínimo, resocialización, prescripción, penas de prisión no acumulables.*

---

\* Este artículo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D+i «La ejecución de las penas por delitos de terrorismo» (RTI2018-095375-B-100) financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España.

## ABSTRACT

*This article tries to demonstrate that, taking into account several European Court of Human Rights (ECtHR) judgements on life sentences delivered until now, the current Spanish regulation on this matter is in accordance with the European Convention of Human Rights (ECHR). Moreover, some inconsistencies and contradictions of this case law doctrine are shown. Such features reveal a rather disappointing and insufficient protection of lifer's dignity on behalf of the ECtHR. Finally, and based on this analysis, an attempt is carried out in order to establish some implications for the current Spanish system regarding the statute of limitations for crimes, resocialization, purposes of permanent imprisonment beyond minimum compliance period and not cumulative prison sentences.*

*Key words: Permanent Reviewable Imprisonment, European Court of Human Rights Case law, European Convention of Human Rights, resocialization, purposes of permanent imprisonment beyond minimum compliance period, statute of limitations for crimes not cumulative prison sentences.*

SUMARIO: I. Introducción: estado de la cuestión y definición del objeto de estudio.—II. La compatibilidad del régimen español de prisión permanente revisable con el CEDH; 1. Consideraciones previas; 2. Las exigencias que se derivan del art. 3 CEDH según el TEDH: el derecho a la esperanza y la reducibilidad «de iure» y «de facto» de la condena; 2.1 *Condena reducible «de iure»*; 2.2 *Condena reducible «de facto»*; 3. Una posible solución para los condenados a penas de prisión no susceptibles de acumulación.—III. Inconsistencias y contradicciones en la jurisprudencia del TEDH en materia de prisión permanente; 1. Indicios de contradicción en la defensa del carácter absoluto de la prohibición de penas inhumanas y degradantes ex art. 3 CEDH. 2. El fundamento de la prisión permanente después del periodo de cumplimiento mínimo según la postura de la Gran Sala y sus implicaciones respecto de prescriptibilidad de algunos delitos en el sistema español. 3. La ilusoria defensa del «derecho a la esperanza». 4. La obligación positiva del Estado en materia de reinserción de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH.—IV. Conclusiones.—V. Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN: ESTADO DE LA CUESTIÓN Y DEFINICIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

Pese a que la prisión permanente revisable se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico penal hace casi cinco años con ocasión de la reforma de LO 1/2015, de 30 de marzo, la polémica y el debate en torno a la misma no ha perdido en absoluto actualidad.

La discusión sobre su inconstitucionalidad y su incompatibilidad con el CEDH, conforme a la jurisprudencia del TEDH, sigue abierta. En lo que respecta a su compatibilidad con la CE, el Pleno del Tribunal Constitucional, en virtud de Providencia de 21 de julio de 2015, admitió a trámite un recurso de inconstitucionalidad (1) contra varios apartados de la LO 1/2015, de 30 de marzo, en virtud de los cuales se incorporó al vigente Código Penal esta pena, sin que hasta la fecha haya recaído sentencia por parte del Alto Tribunal.

Por otro lado, recientemente el Tribunal Supremo ha puesto de relieve algunos problemas que plantea esta pena de cara a su aplicación en casos de asesinatos de personas especialmente vulnerables y menores de 16 años (dos de los supuestos castigados con prisión permanente revisable *ex art.* 140.1. 1.<sup>a</sup> CP), y que le ha llevado a no aplicar la misma en contra del criterio del tribunal de instancia por vulneración del principio *non bis in idem*. Así, cuando la especial vulnerabilidad de la víctima resulta esencial para apreciar la alevosía y calificar el homicidio de asesinato, no puede volverse a valorar para castigar con los hechos con prisión permanente revisable en virtud del precepto citado (2). No obstante, según ha manifestado este alto Tri-

---

(1) El recurso de inconstitucionalidad antes mencionado fue promovido por más de cincuenta diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista; Catalán de Convergencia i de Unió; de Izquierda Unida, Iniciativa per-Catalunya Vers-Esquerra Unida i Alternativa, Chunta Aragonesista: La Izquierda Plural; Unión Progreso y Democracia; Vasco (EAJ-PNV -Euzkadi Buru Batzarra-); y Mixto.

(2) Así en la STS 716/2018, de 16 de enero de 2019. En este caso la sentencia de instancia había apreciado alevosía por la concurrencia de un ataque sorpresivo unido a la edad y condición clínica de la víctima y también ensañamiento por lo que, a juicio del Tribunal Supremo, procede aplicar la pena del asesinato agravado del art. 139.2 CP, la de prisión de 24 años, en lugar de la prisión permanente revisable. En palabras del alto tribunal: *«Lo expuesto hasta hora, también impide que, para evitar las incoherencias de la reforma descritas, que la especial situación de vulnerabilidad desplazara la alevosía y calificáramos los hechos de autos atendiendo al principio de alternatividad, a través de considerarlos como asesinato cualificado por el ensañamiento e hipercualificado por la vulnerabilidad de la víctima por su enfermedad y discapacidad. En primer lugar, por razones de especialidad, donde el art. 139.2, nos indica el criterio a seguir cuando concurren más de una circunstancia cualificante; en segundo lugar, porque el art. 139, que contempla alternativamente las cuatro circunstancias que determinan su concurrencia, en definitiva atiende a la estructura de tipos mixto alternativos, de modo que tanto si se realiza una de las modalidades de comisión prevista como varias o incluso todas se comete en todo caso una sola unidad típica; donde por ende, no es posible escisión o desgaje de ninguna de las circunstancias cualificantes, donde una sola cualificase y el resto se ponderara autónomamente; en tercer lugar, el sistema escalonado de hipercualificación previsto, también abona a considerar que sólo una vez agotado el escalón cualificador, con todas las circunstancias cualificantes que concurren es posible pasar a las hipercualificaciones; y en cuarto lugar y más esencial, porque la especial situación de*

bunal en otras resoluciones *más recientes*, ello no significa que la norma se quede necesariamente sin efecto pues hay casos de asesinatos de menores de 16 años que se deben castigar con esta pena sin que ello suponga una vulneración del referido principio (3).

En el plano político, el posicionamiento respecto de la prisión permanente constituye un elemento de división entre los distintos partidos con representación parlamentaria.

Los favorables a su derogación serían, con algunas excepciones (4), los grupos políticos ubicados en la izquierda ideológica. En la pasada legislatura, el grupo parlamentario EN-PNV presentó una pro-

---

*vulnerabilidad, en abstracto dadas las diversas modalidades recogidas y en concreto desde la consideración del caso de autos, no conlleva por sí sola la situación de indefensión y por ende, no abarca todo el injusto de alevosía». Ver apartado 4 del FJ 7.º*

(3) Así se pone de manifiesto en la STS 367/2019, de 18 de julio, en la que se condena a prisión permanente revisable a un hombre que acabó con la vida de una niña de 17 meses y once kilos de peso a la que de forma sorpresiva arrojó al vacío por el hueco de una ventana. No obstante, el alto tribunal utiliza razonamientos distintos en el seno de esta misma resolución (e incluso dentro del mismo fundamento jurídico, concretamente el sexto) para defender esta postura. A mi modo de ver, algunos de estos argumentos son convincentes y otros no.

En este sentido, me parece correcto considerar, como hace en un determinado momento el Tribunal Supremo, que en el caso de autos se aprecia la alevosía en virtud de la forma de comisión delictiva (el carácter sorpresivo del ataque) lo que permite la primera agravación y la calificación de los hechos como constitutivos de asesinato. Siguiendo esta línea argumental seguidamente se afirma que la agravación que permite aplicar la pena de prisión permanente revisable obedece a un fundamento distinto que es la especial vulnerabilidad que se deriva del hecho de que la víctima fuese un bebé de 11 meses.

Sin embargo, en el mismo fundamento jurídico el alto tribunal utiliza otra argumentación que me resulta problemática: «... *En nuestro caso, la indefensión proviene del desvalimiento que caracteriza a los ataques a un bebé de meses, por la especial situación de vulnerabilidad de la víctima. Mientras que el fundamento de la prisión permanente revisable radica en la especial protección de los menores (o resto de personas vulnerables) más que sancionar el mayor reproche derivado del aseguramiento buscado por el autor frente a posibles reacciones defensivas, que es el fundamento de la alevosía»*. Este planteamiento me parece problemático por ser incoherente con la STS 716/2018, de 16 de enero de 2019, analizada en la nota al pie anterior y en la que se apreció la vulneración del *non bis in idem* precisamente porque la especial vulnerabilidad de la víctima fue esencial para apreciar la alevosía. Si el fundamento de la agravación que permite la aplicación de la pena de prisión permanente revisable es la especial protección que merecen siempre determinadas personas por razón de su especial vulnerabilidad, entonces es irrelevante que esa especial vulnerabilidad haya sido clave para apreciar la alevosía. Sobre la base de este argumento, habría que descartar también la vulneración del *non bis in idem* que la sentencia de 16 de enero de 2019 sin embargo apreció.

Así las cosas, la postura del Tribunal Supremo respecto de esta cuestión resulta hasta cierto punto confusa por incoherente.

(4) Como el Partido Nacionalista Vasco y el PDeCAT.

posición no de ley para derogar esta pena que sigue su curso y que contó en su momento con el apoyo de los grupos parlamentarios del PSOE, Unidas Podemos, ECR, PDeCAT, Compromís y Bildu, y con el rechazo de los del Partido Popular, Ciudadanos, Unión del Pueblo Navarro y Coalición Canaria.

Por su parte, el Partido Popular no solo está en contra de su derogación, sino que defiende la ampliación de su ámbito de aplicación. En este sentido, es preciso hacer referencia al *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de prisión permanente revisable*, impulsado por el Consejo Ministros del anterior Gobierno del Partido Popular el pasado 9 de febrero de 2018 (5). Dicho Anteproyecto no afecta al régimen de ejecución de la prisión permanente, sino que amplía su aplicación a delitos que aún no se castigan con esta pena. Parte del articulado del mismo se recoge en la *Proposición de Ley* presentada por dicho partido el pasado 11 de enero de 2019, si bien con una propuesta de ampliación menos extensa de la inicialmente prevista (6) y

(5) La memoria sobre el análisis del impacto de esta reforma publicada el 9 de febrero de 2018 por el Ministerio de Justicia está disponible en red: [http://servicios.mpr.es/seacyp/search\\_def\\_asp.aspx?crypt=xh%8A%8Aw%98%85d%A2%B0%8DNs%90%8C%8An%87%A2%7F%8B%99uk%88ud%A3%92](http://servicios.mpr.es/seacyp/search_def_asp.aspx?crypt=xh%8A%8Aw%98%85d%A2%B0%8DNs%90%8C%8An%87%A2%7F%8B%99uk%88ud%A3%92)

(Último acceso: 16/01/2020).

(6) El texto de la Proposición de Ley (excluyendo la Exposición de Motivos) es este:

«Artículo único. *Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Uno. Se modifica la circunstancia 2.ª del apartado 1 del artículo 140 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que pasa a tener la siguiente redacción:*

“2.ª *Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual o detención ilegal o de secuestro, que el autor hubiera cometido sobre la víctima.*»

*Dos. Se añade una circunstancia 4.ª del apartado 1 del artículo 140 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que tendrá la siguiente redacción:*

«4.ª *Que al delito le hubieran seguido actos de ocultación o destrucción del cadáver para dificultar la investigación por parte de la autoridad o de sus agentes.*”».

Disponible en red: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu12&DOCS=1-1&DORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-12-B-364-1.CODI.%29#\(P%C3%A1gina1\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pu12&DOCS=1-1&DORDER=LIFO&QUERY=%28BOCG-12-B-364-1.CODI.%29#(P%C3%A1gina1)) (Último acceso: 17/01/2020).

Se advierte que ya no está previsto castigar con prisión permanente revisable a agresores sexuales reincidentes, ni tampoco algunos delitos contra la seguridad colectiva tal y como sí disponía el texto del Anteproyecto presentado en febrero de 2018.

recogiendo algunas de las recomendaciones que respecto del Anteproyecto de 2018 hizo el Consejo Fiscal (7).

Otros partidos ubicados en la derecha ideológica como Vox se muestran favorables a endurecer el régimen de prisión permanente al menos para el terrorismo y para los «delitos más graves» para los que reclaman expresamente la «cadena perpetua» (8).

En el plano mediático y social, la cuestión también resulta controvertida, aunque la sensación general invita a pensar que el mantenimiento e incluso el endurecimiento de la prisión permanente despierta más apoyo tanto en los medios (9) como en la ciudadanía (10). Con todo, a este respecto quisiera advertir que esta impresión, al menos en lo que se refiere al parecer de los ciudadanos, hay que tomarla con cautela (11).

---

(7) Así, por ejemplo, en el Anteproyecto se preveía castigar con prisión permanente revisable el asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual o de secuestro contra la misma víctima. En aras de la coherencia, el Consejo Fiscal recomendó bien seleccionar los delitos más graves contra la libertad sexual o bien incluir entre los delitos precedentes al asesinato castigado con prisión permanente los de detención ilegal, los cuales se castigan con penas más graves que algunos delitos sexuales. Se advierte que la Proposición de Ley ha optado por esta segunda solución.

El informe del Consejo Fiscal está disponible en red: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/INFORME\\_PRISION\\_PERMANENTE\\_REVISABLE.pdf?idFile=7fe02170-f2d3-48a1-9228-6050eaa7815e](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INFORME_PRISION_PERMANENTE_REVISABLE.pdf?idFile=7fe02170-f2d3-48a1-9228-6050eaa7815e) (último acceso: 17/01/2020).

(8) El programa del partido VOX está disponible en red y la medida n.º 90 de dicho programa consiste en «Restaurar todo el rigor penal para el terrorismo y los delitos más graves, incluyendo la cadena perpetua». [https://www.voxespana.es/biblioteca/espana/2018/mgal\\_c2d72e181103013447.pdf](https://www.voxespana.es/biblioteca/espana/2018/mgal_c2d72e181103013447.pdf) (última visita: 17/01/2019).

(9) Así lo demuestra una sencilla búsqueda en Google sobre el apoyo mediático a esta pena que arroja 9.380 resultados: [https://www.google.es/search?q=apoyo++a+la+prisi%C3%B3n+permanente+revisable&tbm=nws&source=univ&tbo=u&sa=X&ved=2ahUKEwi\\_LWAs\\_XfAhUQ0RoKHeA9BwYQt8YBKAF6BAGAEA Y&biw=1366&bih=657](https://www.google.es/search?q=apoyo++a+la+prisi%C3%B3n+permanente+revisable&tbm=nws&source=univ&tbo=u&sa=X&ved=2ahUKEwi_LWAs_XfAhUQ0RoKHeA9BwYQt8YBKAF6BAGAEA Y&biw=1366&bih=657) (último acceso: 17/01/2020).

Para un análisis de los artículos de prensa favorables a esta pena, ver Souza de Almeida, D., Prensa, opinión pública y política criminal en España: *Un análisis sobre la posible influencia del populismo penal mediático en la aprobación de la prisión permanente revisable*. Tesis doctoral inédita dirigida por la Dra. Laura Pozuelo Pérez. Universidad Autónoma de Madrid (2019), pp. 490 y ss. –apartado de anexos–.

Disponible en red: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/687152> (último acceso: 13/02/2020).

(10) Una de las peticiones en contra de la derogación de la prisión permanente revisable fue firmada por 2.863.109 personas de acuerdo con los datos que refleja el portal de la plataforma change.org disponibles en red: <https://www.change.org/p/congreso-de-los-diputados-mantener-la-prision-permanente-revisable-para-asesinos-como-el-de-diana-quer> (última visita: 18/01/2020).

(11) El supuesto apoyo ciudadano a la prisión permanente revisable constituye uno de los argumentos que el legislador de 2015 manejó para introducir la prisión

Por su parte, la doctrina científica en España se ha posicionado mayoritariamente en contra de esta pena (12). En este sentido, más de cien catedráticos de Derecho Penal de todas las universidades públicas de España, firmaron un manifiesto en su contra en marzo de 2018 (13).

Así las cosas, teniendo en cuenta el clima social y mediático, así como la acusada fragmentación del panorama político y parlamentario que parece no dejar espacio a mayorías claras (no en vano el actual Gobierno es de coalición y la suma de escaños parlamentarios de los partidos que lo integran no alcanza la mayoría absoluta), el destino de la prisión permanente revisable es, hoy día, incierto. En este momento todo es posible: desde el fin de su vigencia por declaración de inconstitucionalidad por parte del TC o por modificación legislativa (14), hasta su ampliación, endurecimiento (15) y/o corrección de los pro-

---

permanente revisable. Así, en el preámbulo de dicha ley se pone de manifiesto que esta pena se prevé «para aquellos delitos de extrema gravedad en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido». Para muchos estas apelaciones a la voluntad popular no son sino meras excusas que se utilizan para tratar de «imponer una determinada posición ideológica» ya que muchas veces no van acompañadas de un deseo por hallar y comprender dicha voluntad, para lo que los meros sondeos de opinión no resultan adecuados. Por todos, VARONA GÓMEZ, D., *El Debate Ciudadano Sobre la Justicia Penal y el Castigo: Razón y Emoción en el Camino Hacia un Derecho Penal Democrático*. Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 10 y ss. Ver también SOUZA DE ALMEIDA, D., *Prensa, opinión pública y política criminal en España...*, cit., pp. 244 y ss. (Último acceso: 13/02/2020).

(12) No obstante, algunas voces autorizadas muestran su conformidad con la misma como respuesta a determinados delitos de especial gravedad. Ver, entre otros, JAÉN VALLEJO, M., «La prisión permanente comienza a aplicarse», en *elderecho.com lefevre-elderecho*, 17/07/2017. Artículo disponible en red: <https://elderecho.com/la-prision-permanente-revisable-comienza-a-aplicarse> (último acceso: 18/01/2020)

Para un análisis detallado y profundo de los posicionamientos doctrinales a favor de la prisión permanente revisable, ver CÁMARA ARROYO, S./FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *La prisión permanente revisable el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*, Thomsom Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 18-25.

(13) Las firmas están disponibles en red: [https://www.peticiones24.com/signatures/manifiesto\\_contra\\_la\\_prision\\_permanente\\_revisable/](https://www.peticiones24.com/signatures/manifiesto_contra_la_prision_permanente_revisable/) (última visita el 18 de mayo de 2019).

(14) Este escenario se perfila hoy como el más probable teniendo en cuenta que los dos partidos que integran el actual gobierno de coalición, PSOE y Unidas Podemos, son partidarios de su derogación.

(15) Recordemos que esta posibilidad es quizá la que cuenta al parecer con más apoyo popular y, por ende, con mayor rédito electoral, factor que parece ser el que mayor peso tiene en la política criminal de los últimos tiempos y que puede motivar cambios en los posicionamientos de algunos partidos. Como explica Silva Sánchez, las leyes penales han terminado por convertirse en «bienes de consumo electoral». Ver, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Atelier, Barcelona, 2018, p. 30.

blemas técnicos apreciados por el Tribunal Supremo de cara a su aplicación en algunos casos.

Por todos estos motivos, resulta sin duda pertinente seguir analizando esta materia a fin de hacer alguna aportación que, cuando menos, pueda enriquecer el agitado debate actual. Así, es necesario definir con mayor concreción el objeto de la indagación para poder realizar una contribución que resulte innovadora teniendo en cuenta la ya abundante literatura científica que existe sobre prisión permanente revisable (16). Con todo, existen algunos aspectos que, a mi modo de ver, no han recibido la suficiente atención o bien han sido objeto de un análisis hasta cierto punto precipitado o superficial.

En este sentido, es preciso profundizar en el estudio de la regulación española desde la perspectiva del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH. Ello porque, a mi modo de ver, la doctrina científica española contraria a la prisión permanente, entre la que me incluyo, ha sido demasiado optimista a la hora de valorar la supuesta incompatibilidad de la vigente regulación española con el CEDH, concretamente con su artículo 3 que prohíbe las penas inhumanas y degradantes. Una lectura detenida de las últimas sentencias de la Gran Sala del TEDH sobre esta cuestión conduce a pensar que la vigente normativa española es compatible con el CEDH tal y como lo interpreta el referido tribunal y que, en el improbable caso de que se constatare la existencia de una vulneración del Convenio en este momento, ello no se traduciría en la excarcelación del demandante, ni mucho menos en la derogación de esta pena.

---

(16) De acuerdo con los datos que arroja el portal Dialnet (que no son exhaustivos y que se remiten mayoritariamente a lo publicado en España), hasta la fecha se han publicado sobre la materia 83 artículos de revista, 26 capítulos de libro, 22 tesis doctorales y 14 monografías. [https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL\\_TODO=prisi%C3%B3n+permanente+revisable](https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL_TODO=prisi%C3%B3n+permanente+revisable) (último acceso: 13/02/2020)

De las monografías que identifica esta búsqueda, las que analizan específicamente la cuestión son solo cuatro de acuerdo con este portal: CASALS FERNÁNDEZ, A., *La prisión permanente revisable*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2019; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de la larga duración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018; CÁMARA ARROYO, S./ FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *La prisión permanente revisable...*, cit.; ROIG TORRES, M., *La cadena perpetua en el derecho alemán y británico: la prisión permanente revisable*, Iustel, Madrid, 2016; CERVELLÓ DONDERIS, V., *Prisión perpetua y de larga duración régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. A estas monografías habría que añadir otras a las que me referiré más adelante.

Por su parte, solo 4 de las 18 tesis doctorales que identifica el sistema versan directamente sobre esta materia.



Más allá de esta cuestión es importante detenerse en algunos aspectos de la jurisprudencia del TEDH sobre esta materia. Dentro de tales aspectos se pueden diferenciar los que podrían tener un impacto directo en el ámbito interno español y los que ponen en evidencia algunas debilidades de esta doctrina jurisprudencial.

En lo que respecta a los primeros, destaca el modo en que el TEDH interpreta las obligaciones del Estado en materia de reinserción/reeducación de las personas que cumplen pena de prisión y muy particularmente de prisión permanente. La instancia europea ha ido más allá que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional español, lo que hace necesario una revisión de los mismos. Asimismo, las exigencias de cara a la compatibilidad de la pena de prisión permanente con el Convenio pueden ofrecer una solución para casos de personas condenadas a una pluralidad de penas de prisión no susceptibles de acumulación *ex art. 76 CP*. Por otro lado, el modo en que el TEDH interpreta el fundamento y los fines de la pena de prisión permanente más allá del periodo de cumplimiento mínimo se puede tomar como punto de partida para valorar algunos aspectos de la regulación española aparentemente contradictorios, como el hecho de que algunos de los delitos castigados con la prisión permanente revisable puedan prescribir.

En relación con los otros aspectos aludidos, el análisis realizado hasta el momento de la jurisprudencia del TEDH evidencia lo que a mi juicio constituyen inconsistencias y contradicciones cuando no actitudes hipócritas por parte de este tribunal. Estas debilidades no son de recibo cuando se trata de un tema tan crucial que afecta de forma directa a miles de personas que cumplen condenas de prisión indeterminadas en el ámbito del Consejo de Europa. Los informes del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura arrojan unos datos ciertamente preocupantes sobre el número de personas privadas de libertad de forma indeterminada en el ámbito del Consejo de Europa. El número era nada menos que de 27.000 a finales de 2014 (17).

Así las cosas, la confianza depositada en este alto tribunal no parece justificada y, en ese sentido, la literatura científica publicada en España hasta la fecha puede estar necesitada de revisión.

En definitiva, más allá de analizar y valorar exigencias que se derivan del CEDH en materia de prisión permanente, me propongo

---

(17) Ver el Vigésimo quinto Informe General del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (p. 33). El informe está disponible en red: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent> (última visita: 16/01/2020).

realizar una profunda reflexión sobre cómo entender el fundamento de la privación de libertad más allá del periodo de cumplimiento mínimo. El objetivo es identificar los límites de la intervención punitiva legítima y analizar así de forma crítica la presente regulación española.

Como habrá ocasión de comprobar, los objetivos planteados requieren para su alcance el manejo de fuentes de distinta naturaleza, es decir, no solo las de índole jurídica sino también estudios de campo referidos a la calidad de vida en prisión y la compatibilidad del medio penitenciario español con el mandato constitucional en materia de reeducación y reinserción (18). Igualmente, necesarios a los efectos de la indagación que pretendo desarrollar resultan los estudios sobre los pronósticos de peligrosidad (19). Por otro lado, también resultan de gran interés las *Recomendaciones del Consejo de Ministros del Consejo de Europa* (20), así como los informes del *Comité Europeo contra la Tortura* que están disponibles en la web oficial de este organismo (21). A este respecto destacan las visitas periódicas y *ad hoc* que realizan expertos vinculados a esta organización a centros penitenciarios y a otra serie de instituciones en las que se encuentran personas privadas de libertad dentro del ámbito del Consejo de Europa (22).

(18) Para un análisis de los estudios realizados en España y en otros países europeos sobre la materia, ver MARTÍ BARRACHINA, M., «El estudio de la calidad de vida en prisión: Una revisión bibliográfica de la investigación en España y principales planteamientos internacionales», en *InDret* 3/2017, pp. 1-33. Un estudio reciente sobre cinco centros penitenciarios situados en el sur de España lo han realizado BARQUÍN SANZ, J./CANO PAÑOS, M.A./CALVO ALBA, M.A., «Resocialización y encuestas de calidad de vida penitenciaria», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.<sup>a</sup> época, n.º 20 (julio de 2018), pp. 251-285.

(19) Al respecto ver MARTÍNEZ GARAY, L. /Montes Suay, F., «El uso de valoraciones del riesgo de violencia en Derecho Penal: algunas cautelas necesarias», *InDret*, 2/2018; MARTÍNEZ GARAY, L., «Errores conceptuales en la estimación de riesgo de reincidencia: La importancia de diferenciar sensibilidad y valor predictivo, y estimaciones de riesgo absolutas y relativas», *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 3, n.º 14 (2016); MARTÍNEZ GARAY, L., «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret* 2/2014.

(20) Disponibles en red: <https://www.coe.int/en/web/cm/latest-documents> (último acceso: 18/01/2020).

(21) En la siguiente dirección: <https://www.coe.int/en/web/cpt/home> (último acceso: 17/01/2020)

(22) Destaca en este sentido el trabajo de RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Los estándares internacionales sobre la cadena perpetua del Comité Europeo para la prevención de la tortura y las penas o tratos inhumanos y degradantes», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.<sup>a</sup> época, n.º 17 (enero de 2017), pp. 225-275.

## II. LA COMPATIBILIDAD DEL RÉGIMEN ESPAÑOL DE PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE CON EL CEDH

### 1. Consideraciones previas

Como se puso de manifiesto *supra*, la doctrina penal española se ha manifestado mayoritariamente en contra de la prisión permanente revisable que se introdujo en nuestro ordenamiento en virtud de la LO 1/2015, de 30 de marzo (23). Este posicionamiento se sustenta en numerosos y muy variados argumentos (24). No obstante, el objeto

---

(23) Ver *supra* nota al pie n.º 13.

(24) Muchos autores consideran que la vigente regulación de esta pena es contraria a algunos preceptos de nuestra Constitución. Así y por explicarlo de forma muy sintética, se afirma que estamos ante una pena contraria a la dignidad humana (arts. 10.1 y 15 CE) y al mandato de reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE); que vulnera el principio de legalidad dada su indeterminación (art. 25.1 CE); y que atenta contra los principios de proporcionalidad y culpabilidad y quebranta, en consecuencia, el derecho a la libertad (art. 17 CE). Un desarrollo detallado de estos argumentos se puede encontrar en el dictamen en el que se sustentó en recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta diputados al que se hizo referencia *supra*. Ver LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./PÉREZ MANZANO, M./ALCÁZER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L./DE LEÓN VILLALBA, J./MARTÍNEZ GARAY, L., «Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable», en Arroyo Zapatero, L./Lascuraín Sánchez, J. A./Pérez Manzano, M. (eds.) *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 17 a 79; son de destacar, a su vez, otros estudios monográficos a este respecto: CUERDA RIEZU, A., *La cadena perpetua y las penas de muy larga duración: por qué son inconstitucionales en España*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 59 y ss.; RÍOS MARTÍN, J. C., *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*. Tercera Prensa. San Sebastián, 2013, pp. 103-161; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, I., *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 49-81.

Ríos Martín alude asimismo otro tipo de inconvenientes como por ejemplo la difícil reparación en caso de error judicial debido a las consecuencias irreversibles que genera la privación de libertad a partir de cierto tiempo de internamiento –Ríos Martín, J. C., *La prisión perpetua en España...*, cit., pp. 162 y ss.–. También apunta con elocuencia razones de carácter pragmático: difícil gestión penitenciaria de las personas condenadas a este tipo de castigo dada su desmotivación, los elevados costes económicos que implica la aplicación de penas de tan larga duración y la agravación de la ya existente masificación carcelaria que este tipo de condena acarrea –*ibidem*, pp. 166 y 167–.

Asimismo, se ha hecho alusión a la cuestionable eficacia de la prisión permanente. Existe evidencia empírica indicativa de que la eficacia atribuida a la pena de prisión en general se ha sobreestimado (AEBI, M.F./LINDE, A./DELGRANDE, N., «Is There a Relationship Between Imprisonment and Crime in Western Europe?», *European Journal on Criminal Policy and Research*, September 2015, Vol. 21, Issue 3, pp. 425-446). En lo que se refiere a la prisión permanente en particular, cabe apuntar

del presente trabajo lo constituye, en gran medida, en el análisis de uno de esos argumentos: aquel que consiste en afirmar, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TEDH, que esta pena, tal y como está regulada, resulta o, al menos, podría resultar contraria al art. 3 CEDH, en virtud del cual «*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*» (25).

Lo cierto es que una lectura detenida de las sentencias de la Gran Sala del TEDH que se han sucedido desde la del caso *Kafkaris contra*

---

que su incidencia en los índices de criminalidad no es significativa al menos si tenemos en cuenta que los países que contaban con esta pena antes de que la misma entrase en vigor en España, presentaban tasas de criminalidad más altas que las españolas de entonces (ver, GIL GIL, A./LACRUZ LÓPEZ, J. M./MELENDO PARDOS, M./NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Consecuencias Jurídicas del Delito: Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 537 y ss.). Por otro, esta pena no es infalible desde el punto de vista preventivo general como demuestra el hecho de que desde su implantación en España se han seguido cometiendo algunos de los crímenes castigados con la misma (lo demuestran, entre otras, la SAP Pontevedra 42/2017, de 14 de julio, o el Auto dictado por la Sección 2.ª de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional el 14 de septiembre de 2017 en relación con los atentados terroristas de Barcelona y Cambrils). Resulta asimismo significativo que algunas de las penas de prisión previstas antes de la reforma de 2015 para supuestos delictivos de especial gravedad es percibida, al menos por parte del justiciable, como similar o incluso mayor que la de la prisión permanente revisable, lo cual pone en duda la necesidad de esta pena: así, se puede considerar el caso de un individuo responsable de una pluralidad de delitos de terrorismo cometidos antes de que entrara en vigor la LO 1/2015, de 30 de marzo, el cual solicitó que se le impusiese la pena de prisión permanente revisable en lugar de la pena de 40 años de prisión a la que fue condenado (cfr. STS 298/2017, de 27 de abril).

(25) Así, Lascuraín Sánchez, Pérez Manzano, Alcácer Guirao, Arroyo Zapatero De León Villalba y Martínez Garay, en su dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable, afirman que la regulación española «*no cumple con las exigencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*» y «*no consigue adecuarse a las exigencias derivadas de los artículos... 3 CEDH*», ver LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./PÉREZ MANZANO, M./ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L./DE LEÓN VILLALBA, J./MARTÍNEZ GARAY, L. «Dictamen...», cit., pp. 37 y 41.

En el referido manifiesto contra la prisión permanente revisable se afirma: «*En todo caso, merece la pena subrayar que nuestra prisión permanente revisable podría ser contraria al Convenio por dos razones: por los casos de prohibición de revisión por encima de los 25 años (a los 28, 30 ó 35 años) (STEDH Vinter y otros c. Reino Unido, de 9 de julio de 2013) y, en todos los supuestos, por la inexistencia de programas penitenciarios específicos de resocialización (STEDH James, Wells y Lee c. Reino Unido, de 18 de septiembre de 2012)*». Ver también, al respecto, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Análisis crítico de la libertad condicional en el Proyecto de Reforma de 20 de septiembre de 2013 (especial referencia a la prisión permanente revisable)» en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, Volumen 110, 2014, pp. 50-74; GIL GIL, A. / LACRUZ LÓPEZ, J.M./ MELENDO PARDOS, M. /NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Consecuencias...*, cit. pp. 84 y 85.

*Chipre* en 2008 (26) y hasta la del caso *Hutchinson contra Reino Unido* en 2017 (27), conduce a conclusiones más pesimistas para los que somos contrarios a este tipo de castigo y también a una decepción con respecto al modo en que este tribunal entiende y defiende la dignidad humana de los condenados a prisión en general y a prisión permanente en particular (28). Como se intentará demostrar, la reiterada alusión a esta instancia europea puede no ser una estrategia acertada para defender una postura contraria a la prisión permanente revisable española por su posible incompatibilidad con el CEDH. Al menos no en este momento.

Así las cosas, este trabajo pretende analizar todos los requisitos que el TEDH exige para que la prisión permanente resulte compatible con el CEDH, fundamentalmente con el art. 3 del mismo. Para ello se analizan las sentencias más relevantes de las dictadas desde 2008 hasta la actualidad, así como otras resoluciones de otros organismos y algunos trabajos doctrinales. El material manejado abarca también estudios empíricos sobre los efectos del encarcelamiento prolongado en la salud física y psíquica de los internos, las condiciones de las cárceles en Europa y en España y la problemática relativa a los pronósticos de peligrosidad que se utilizan para conceder el tercer grado o la libertad condicional.

## 2. Las exigencias que se derivan del art. 3 CEDH según el TEDH: el derecho a la esperanza y la reducibilidad «de iure» y «de facto» de la condena

Se trata de comprobar si efectivamente el régimen español es compatible con el CEDH de acuerdo con los estándares fijados por el

---

(26) STEDH –Gran Sala– *Kafkaris contra Chipre* (Demanda n.º 21906/04), 12/02/2008.

(27) SSTEDH –Gran Sala– caso *Vinter y otros contra el Reino Unido* (demandas n.º 66069/09, 130/10 y 3896/10), de 9 de julio de 2013; –Gran Sala– caso *Murray contra Holanda* (demanda n.º 10511/10), de 26 de abril de 2016; –Gran Sala– caso *Hutchinson contra el Reino Unido*, (demanda n.º 57592/08), de 17 de enero de 2017. Ver también las sentencias posteriores a *Vinter*: SSTEDH *Trabelsi contra Bélgica* (demanda n.º 140/10), de 4 de septiembre de 2014; *László Magyar contra Hungría* n.º 7 (demanda n.º 3593/10 20), de 20 de mayo de 2014; *Harakchiev y Tolumov contra Bulgaria* (demandas n.º 15018/11 y 61199/12), de 8 de julio de 2014.

(28) Al respecto ya me he pronunciado previamente, aunque me gustaría profundizar sobre las conclusiones alcanzadas hasta el momento y seguramente matizarlas. Ver NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Lifers before the European Court of Human Rights: Some reasons for concern and disappointment», en *Supplement of Valahia University LAW STUDY* Târgoviste, 2018, pp. 100-109.

TEDH. Para ello, y en aras de una adecuada protección de la dignidad humana, este tribunal entiende que es necesario que se respete el denominado «derecho a la esperanza» (29) que tiene todo condenado a prisión permanente desde el momento en que se dicta sentencia. Ello exige que el penado sepa, desde que se le impone la pena, que su condena se revisará trascurrido un tiempo de cumplimiento, y que de esa revisión se podrá en efecto derivar su excarcelación y posterior reintegración en la sociedad en atención principalmente a los progresos que el mismo haya conseguido durante su estancia en prisión respecto de su reinserción social (30).

(29) Aunque las referencias a este derecho son ya frecuentes en la jurisprudencia del TEDH, una formulación del mismo en los términos apuntados se puede encontrar en la STEDH –Gran Sala– del caso *Vinter y otros contra el Reino Unido* (Demanda n.º 66069/09, 130/10 y 3896/10), de 9 de julio de 2013, §§103 y ss. Resulta especialmente aclarativo a este respecto el voto concurrente de la juez Power Forde (votos particulares, p. 54: «*Lo que me inclinó a votar con la mayoría de la Gran Sala fue la confirmación, por parte del tribunal, de que el artículo 3 alberga lo que puede describirse como un «derecho a la esperanza» ... La sentencia reconoce implícitamente que la esperanza es un aspecto importante y constitutivo de la persona humana. Aquellos que cometen los crímenes más horribles y abyectos y que provocan un sufrimiento indescriptible en los demás, conservan no obstante lo esencial de su humanidad y albergan en sí mismos la capacidad de cambiar. Por mucho que sus penas sean largas y bien merecidas, estos individuos retienen su derecho a la esperanza de que, algún día, habrán podido reparar el mal causado. Estos individuos no deben ser privados por completo de esa esperanza. Negarles la experiencia de la esperanza sería negarles un aspecto de su humanidad y ello resultaría degradante*» –traducción propia–). Sobre el origen de esta expresión en el ámbito del derecho alemán y «*ligada al debate sobre la constitucionalidad de la pena perpetua*», ver LANDA GOROSTIZA, J. M., «Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿Derecho a la esperanza?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-20 (2015), pp. 4 y 5.

(30) Se utiliza este término en lugar del de «rehabilitación» por resultar coincidente con el que se utiliza en la Constitución (art. 25.2 CE) y teniendo en cuenta también las últimas tendencias en esta materia. Se entiende que el término «*reintegración*» o «*resocialización*» es preferible al de «*rehabilitación*» porque carece de ciertas connotaciones que pueden resultar inadecuadas. Como explica el juez Pinto de Albuquerque en su voto parcialmente concurrente de la STEDH –Gran Sala– del caso *Murray contra Holanda* (demanda n.º 10511/10), de 26 de abril de 2016: «*Se debe establecer que «resocialización» es el término correcto en el ámbito penal y penitenciario para designar el primordial propósito de la pena de prisión; la palabra se refiere a la reintegración social del condenado que es capaz de llevar una vida ajena al delito tras su excarcelación. El término «rehabilitación» tiene una connotación moral y paternalista que deriva de la asunción equivocada de que el Estado es responsable de la «reforma moral» del condenado, así como de la «adopción» por parte de este de los valores sociales mayoritarios*». Además, según este juez, esta orientación resulta problemática por al menos tres motivos: a) cabe dudar de la legitimidad de la potestad del Estado de cambiar a un individuo; b) cabe dudar de que tal modificación se pueda en efecto llevar a cabo; c) cabe dudar de que dicho cambio se pueda en efecto constatar y acreditar, en caso de que se lleve a cabo (Votos Particulares,

A tal efecto habrá que comprobar, por un lado, si nuestra prisión permanente es reducible desde el punto de vista formal («*reducible de iure*»), de acuerdo con la terminología del TEDH) (31). En este sentido se tendrá que demostrar que el ordenamiento jurídico: a) prevé la revisión de la condena tras un periodo mínimo de cumplimiento y revisiones periódicas posteriores para el caso de que la excarcelación no se produzca tras la primera revisión; b) establece con claridad los criterios que se van a tener en cuenta en la revisión y que los mismos consisten en comprobar si el encarcelamiento sigue teniendo un fundamento penológico legítimo, sobre todo si el mismo es necesario desde el

---

p. 52 –traducción propia–). En este mismo sentido, VAN ZYL SMIT, D. / WEATHERBY, P. / CREIGHTON, S., «Whole Life Sentences and the Tide of European Human Rights Jurisprudence: What is to be done?», en *Human Rights Law Review*, 2014, 14, 59-84.

(31) Esta terminología se emplea en muchas sentencias. Ver, entre otras y por su repercusión, STEDH –Gran Sala– del Caso *Kafkaris* contra Chipre (demanda n.º 21906/04) de 12 de febrero de 2008, §98. En todo caso es preciso señalar que el significado que en este trabajo se otorga a la reducibilidad *de iure* y a la reducibilidad *de facto* no coincide con la interpretación de algunos autores que han analizado la cuestión. Así Landa Gorostiza, sobre la base de un análisis de la STEDH – Gran Sala– del caso *Vinter y otros contra el Reino Unido*, entiende que la reducibilidad *de iure* se ciñe al hecho de que el ordenamiento jurídico prevea la posibilidad «*legal –teórica, conforme al dictum legal– de liberación*» para los condenados a prisión permanente. Por su parte, la reducibilidad *de facto*, se refiere, según este autor, al hecho de que el ordenamiento prevea un mecanismo de revisión de la sentencia, el momento temporal en que la misma se debe producir y los criterios que han de guiar la decisión de excarcelar al condenado o por el contrario, mantener su privación de libertad (ver LANDA GOROSTIZA, J.M., «Prisión perpetua...», *cit.*, pp. 8-10). Con independencia de que esta diferencia de criterio no altera significativamente las conclusiones del análisis del asunto a tratar (que no es otro que analizar y explicar los requisitos que el TEDH exige para que las condenas a prisión permanente resulten compatibles con el art. 3 CEDH), lo cierto es que sentencias posteriores (concretamente la del caso *Murray* antes citada), parecen indicar que la reducibilidad *de facto* tiene que ver con la obligación del Estado, durante la ejecución de la condena, de poner al alcance del penado los medios necesarios para que este progrese en su proceso de resocialización de manera que pueda cumplir con las exigencias de cara a su excarcelación (o sea, que la reducibilidad de la condena esté, por así decirlo, al alcance del condenado). Y ello porque fue precisamente el claro incumplimiento de esa obligación lo que condujo a la Gran Sala a considerar de forma unánime que la condena de James Murray fue *de facto* irreducible y por ende contraria al art. 3 CEDH (§125). Por este motivo, la reducibilidad *de facto* se identifica aquí con este aspecto material de la ejecución penitenciaria: la puesta a disposición del condenado de los medios necesarios para su resocialización y consiguiente excarcelación. Por su parte, la reducibilidad *de iure* se entiende referida a aspectos formales que tienen que ver con la previsión legal de la revisión y consiguiente excarcelación, así como del procedimiento y establecimiento de criterios a cumplir para que ello se pueda llevar a cabo. A mi modo de ver, el planteamiento de Landa Gorostiza no establece una diferencia clara entre ambas facetas de la reducibilidad que el autor parece identificar con aspectos meramente formales del proceso de revisión que aquí se identifican solo con la reducibilidad *de iure*.

punto de vista preventivo especial de vertiente resocializadora –no es suficiente en este sentido la posibilidad de indulto por motivos de clemencia o compasión de carácter médico–; c) impone a la autoridad competente de la revisión la obligación de motivar su decisión, así como la posibilidad de que la misma sea objeto de recurso en vía judicial (32).

Por otro lado, habrá que valorar si la pena es revisable desde un punto de vista material (reducible *de facto*, en terminología del TEDH) (33). Ello exige comprobar si efectivamente el Estado ha puesto al alcance del interno los medios necesarios desde el punto de vista de su resocialización para que este pueda cumplir los requisitos que se le van a exigir en el momento de la revisión de cara a su excarcelación (34).

## 2.1 CONDENA REDUCIBLE «DE IURE»

Anticipando las conclusiones alcanzadas a este respecto, considero que el régimen español de prisión permanente revisable cumple con los requisitos formales, esto es, que la condena a prisión permanente es reducible *de iure*. Ello sobre todo si tenemos en cuenta que regulaciones mucho menos garantistas que la nuestra en este sentido, como por ejemplo la de Inglaterra y Gales, se han considerado compa-

---

(32) La síntesis de estos requisitos de carácter formal (que se han ido estableciendo con el tiempo sobre todo a partir de la sentencia del caso *Kafkaris*) se puede encontrar en el voto parcialmente coincidente del Juez Pinto de Albuquerque en la sentencia del caso *Murray* antes citada (Votos Particulares, p. 62).

(33) Ver, entre otras y por su repercusión, STEDH –Gran Sala– del Caso *Kafkaris contra Chipre* (demanda n.º 21906/04) de 12 de febrero de 2008, §98.

(34) Volveré sobre este punto más adelante ya que a mi modo de ver, la Gran Sala no es clara a la hora de determinar el fundamento de la privación de libertad tras el periodo de cumplimiento mínimo. Una manera de interpretar los diferentes pronunciamientos del alto tribunal pasa por entender que las exigencias retributivas y preventivo generales ceden ante la ausencia de necesidad preventivo-especial por los progresos alcanzados por el condenado en lo que a su resocialización se refiere, y una vez que este ha cumplido una parte de su condena: la parte de la condena que responde, si quiera parcialmente (sobre todo cuando la gravedad de los delitos cometidos da lugar a una necesidad retributiva y preventivo general que no termina de colmarse nunca –cfr. STEDH, Gran Sala, caso *Vinter y otros contra Reino Unido* §§ 46 y 53, en relación con el derecho inglés–), a las necesidades de retribución y prevención general. Esta forma de entender y manejar el conflicto que puede surgir entre los diferentes fundamentos de la privación de libertad más allá del periodo de cumplimiento mínimo se pone de manifiesto en la sentencia del caso *Murray* (ver el voto parcialmente concorrente del Juez Pinto de Albuquerque en *Murray contra Holanda* –sección votos particulares–, p. 64, §14; en el mismo sentido LANDA GOROSTIZA, J. M., «Prisión perpetua...», cit., pp. 10 y 11).



tibles con el art. 3 del CEDH y con la interpretación del mismo por parte del TEDH en fechas recientes [STEDH –Gran Sala– del *Caso Hutchinson contra el Reino Unido* (demanda n.º 57592/08), de 17 de enero de 2017] (35).

(35) En Inglaterra y Gales determinados supuestos de asesinatos especialmente graves tienen prevista la prisión permanente con «orden de vida entera» («whole life order» –traducción propia–), lo que quiere decir que, en principio, la condena se extenderá tanto como la vida del penado [sección 269(4) del Apéndice 21 de la *Criminal Justice Act* de 2003]. Tal fue la pena impuesta a todos los demandantes en el caso *Vinter*. Como única excepción para estos casos la legislación vigente prevé la posibilidad de que el Secretario de Estado, en uso de una facultad discrecional, acuerde la excarcelación anticipada cuando concurren «circunstancias excepcionales que justifiquen tal decisión por motivos de clemencia o compasión» que se circunscriben a los de carácter médico [Sección 30(1) de la *Crime Sentences Act* de 1997 en relación con el Capítulo 12 de la *Orden 4700 del Servicio de Prisión*].

No obstante, la sección 6(1) de la *Human Rights Act* de 1998 establece que el Secretario de Estado debe ejercer esta facultad discrecional en consonancia con el CEDH. Teniendo en cuenta esta previsión, el Gobierno británico sostuvo, respecto del caso *Vinter*, que es posible interpretar la sección 30 (1) *Crime Sentences Act* de 1997 en el sentido de que no se trata solo de una facultad discrecional del Secretario de Estado sino de una obligación por parte del mismo de acordar la excarcelación de un penado si se demuestra que su privación de libertad ya no es compatible con el art. 3 del CEDH, por ejemplo, porque dicha privación no cuente con un fundamento penológico legítimo. Así lo ha interpretado a su vez la jurisprudencia británica en el ámbito interno (ver *Vinter*, párrafo 124 de en el que se cita los casos *Bieber* y *Oaks*). Para el Gobierno británico esto demuestra que su derecho interno prevé un mecanismo de revisión de las condenas a prisión indeterminada compatible con el Convenio teniendo en cuenta lo que su momento se estableció en el caso *Kafkaris contra Chipre* (ver *Vinter párrafo 125*).

Pese a ello la Gran Sala en *Vinter* hizo las siguientes consideraciones: entendió que el derecho inglés no era claro al respecto y que pesaban más las previsiones expresas de la normativa que limitaban la reducción de la prisión permanente a una decisión discrecional por parte de una autoridad ejecutiva basada en razones de carácter médico (algo insuficiente para cumplir los estándares de reducibilidad *de iure*); afirmó que la valoración del Gobierno inglés se basaba en dos antecedentes jurisprudenciales internos que apuntaban a la posibilidad de interpretar la normativa interna en el mismo sentido que el Gobierno pero sin hacer efectiva tal exégesis. Por todo, ello consideró que las condenas de *Vinter* y demás demandantes no eran reducibles *de iure* y vulneraban el artículo 3 del Convenio.

En respuesta a *Vinter*, en Inglaterra y Gales una Corte de Apelación creada al efecto para el caso *McLoughlin* dictó sentencia el 18 de febrero de 2014 aplicando la prisión permanente con «orden de vida entera». Además, el fallo aclaró qué debe entenderse por «circunstancias excepcionales ... por razones de clemencia o compasión» a las que alude la legislación vigente, y que deben concurrir para que se pueda acordar en su caso la excarcelación anticipada por parte del Secretario de Estado. A este respecto estableció:

a) No resulta necesario especificar qué cabe entender por «circunstancias excepcionales» porque estos términos se explican a sí mismos; b) Estas «circunstancias excepcionales» no se limitan a las que se describen en el Capítulo 12 de la *Orden*

En efecto, la Gran Sala en el caso *Hutchinson* consideró que las condenas a prisión permanente con «orden de vida entera» (en principio el penado debe pasar el resto de su vida en prisión sin posibilidad de excarcelación anticipada) son reducibles *de iure* pese a que la normativa penitenciaria inglesa vigente solo prevé expresamente la posibilidad de excarcelación anticipada en estos casos por motivos excepcionales de clemencia y compasión de carácter médico, acordada en virtud de una decisión del Secretario de Estado que a tal efecto ejerce una potestad discrecional. La Gran Sala ha considerado suficiente el dictado de una sentencia en el ámbito interno, la cual coincide con otras dos anteriores que la Gran Sala valoró como insuficientes a estos mismos efectos en el caso *Vinter*, que permite una interpretación más amplia de dicha normativa, tan amplia que es completamente ajena a su tenor literal.

Según esta exégesis que a día de hoy no deja de ser una posibilidad teórica porque no se ha aplicado nunca, por «*motivos excepcionales de clemencia y compasión de carácter médico*» se puede entender (¿?) el progreso excepcional que haya podido hacer el penado de cara a su reinserción tras un periodo considerable de internamiento. En tal caso el Secretario de Estado no tiene la facultad como expresamente establece la normativa sino la obligación (¿?) de valorar la situación y acordar la excarcelación si entiende que la privación de libertad, por mor de las circunstancias excepcionales acaecidas referidas a los pro-

---

4700 del Servicio de Prisión; c) Las razones de clemencia y compasión se han de interpretar de forma coherente con el artículo 3 del CEDH, con la jurisprudencia del TEDH teniendo en cuenta la sección 6(1) de la *Human Rights Act* de 1998 así como los precedentes jurisprudenciales internos de *Bieber* y *Oaks*. La potestad de excarcelación se torna en obligación cuando ello es fruto de las exigencias del art. 3 CEDH, es decir, cuando la privación de libertad no encuentra fundamento penológico legítimo, por ejemplo, cuando el penado logra progresos excepcionales en lo que a su reinserción se refiere; en tal caso no estaríamos ante una facultad discrecional como la del jefe de Estado que indulta (ver *Hutchinson* párrafo 51); d) La decisión del Secretario de Estado debe estar fundamentada y puede ser objeto de revisión por parte de las autoridades judiciales.

La Gran Sala en *Hutchinson contra Reino Unido* entendió que con ello se aclaraba el derecho inglés y se satisfacían las exigencias de reducibilidad *de iure* respecto de las condenas a prisión permanente con «orden de vida entera» aunque el derecho interno no establezca un periodo mínimo de cumplimiento ni por tanto el plazo de revisión. La Gran Sala ha considerado que esta práctica es compatible con el CEDH toda vez que el condenado tiene derecho a incoar la revisión de su condena «en cualquier momento» (ver *Hutchinson contra Reino Unido*, § 69). Esta postura no resulta satisfactoria de cara a la seguridad jurídica considerando que la propia Gran Sala reconoce que «... teniendo en cuenta la gravedad de los delitos cometidos por las personas que se incluyen en esta categoría, es de esperar que el periodo de encierro efectivo sea largo» (ver *Hutchinson contra Reino Unido*, § 67 –énfasis añadido–).

gresos de resocialización del interno, ya no encuentra fundamento penológico legítimo.

La Gran Sala no encuentra inconveniente en que el derecho interno no prevea el momento en que el Secretario de Estado debe comprobar si se dan los requisitos que supuestamente le obligan tomar una decisión de esta naturaleza ya que, en principio, el propio penado puede instar la revisión de su condena en cualquier momento (sorprende que, tratándose de una obligación el Secretario de Estado no tenga que revisar de oficio la condena en ningún momento determinado, ni que se establezca un mecanismo por el que el Secretario de Estado reciba la información necesaria a tal efecto). Tampoco encuentra la Gran Sala inconveniente en que el derecho no especifique ni el procedimiento ni la autoridad judicial competente para revisar la decisión que pudiera adoptar el Secretario de Estado.

Así las cosas, el régimen español se ajusta de forma mucho más clara y garantista a los requerimientos formales en pro de una reducción *de iure* (36). Por otro lado, el hecho de que la ley española prevea periodos de cumplimiento mínimo que superan en algunos casos los 25 años de condena no constituye un obstáculo insalvable para la compatibilidad con el CEDH como algunos sugieren (37). Lo cierto es que el TEDH no ha adoptado una postura firme en lo que se refiere a determinar el momento temporal en que debe tener lugar la revisión.

---

(36) Ver NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «De Kafkaris...», cit. La ley española prevé expresamente: a) la revisión de la condena al cabo de un periodo que puede variar en función de la gravedad de los hechos; b) los criterios a tener en cuenta de cara a la revisión los cuales guardan relación con los fundamentos legítimos de la pena de prisión (la ley alude expresamente al pronóstico favorable de reinserción social); c) revisiones ulteriores periódicas tras la primera revisión en caso de que la misma no derive en la excarcelación del interno; d) la autoridad judicial competente en materia de revisión así como los recursos que se pueden interponer contra su decisión. Todo ello se establece en los artículos 78 *bis* y 92 del vigente Código penal.

(37) Destaca en este sentido el voto particular del Juez Pinto de Albuquerque en la sentencia del caso *Murray* a la que me he referido ya varias veces. Este juez considera que la primera revisión de la condena no se puede retrasar más allá de los 25 años de cumplimiento de la pena y que ello constituye una exigencia vinculante de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH (ver *Murray contra Holanda*, votos particulares, p. 62). Este planteamiento conduce a pensar, a mi modo de ver equivocadamente, que los plazos de revisión que superen este marco temporal podrían considerarse contrarios al CEDH: en el caso español los plazos de 30 y 35 años que el vigente Código Penal prevé para algunos supuestos en los que el sujeto ha sido condenado por dos o más delitos y al menos uno de ellos esté castigado con prisión permanente revisable (ver apartados 2 y 3 del art. 78 *bis* CP; a este respecto, entre otros, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./ PÉREZ MANZANO, M./ ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L./ DE LEÓN VILLALBA, J./ MARTÍNEZ GARAY, L. «Dictamen...», cit., p. 40.

En este sentido, el TEDH simplemente ha afirmado que detecta una tendencia en el ámbito internacional a establecer la primera revisión no más tarde de los 25 años de condena, pero que queda en manos de la discrecionalidad de cada Estado el determinar este marco temporal de revisión (38). Este planteamiento ha llevado a la Gran Sala a considerar compatibles con el CEDH algunas previsiones internas para mí inaceptables (39).

## 2.2 CONDENA REDUCIBLE «DE FACTO»

En lo que respecta al aspecto material de la revisión, que la condena sea reducible *de facto*, lo cierto es que una demanda ante el TEDH en el momento actual podría considerarse prematura, teniendo en cuenta que en España el primer condenado a prisión permanente revisable no lleva ni tres años cumpliendo la pena (40).

El TEDH solo se ha pronunciado una vez, en la citada sentencia del caso *Murray*, respecto de la reducibilidad *de facto* a efectos de condenar a un Estado miembro por vulnerar el art. 3 CEDH por el modo en que se produjo la ejecución de una pena de prisión permanente (41). Esta decisión se adoptó cuando el interno llevaba 34 años encarcelado (habiendo superado con creces el periodo mínimo de cumplimiento previo a la revisión de la condena y habiendo solicitado sin éxito su excarcelación en reiteradas ocasiones) y se basó en la constatación de que, en efecto, el Estado nunca puso a su alcance los medios necesarios para cumplir con los requisitos que se le exigían

---

(38) De hecho, el TEDH ha considerado que no se habría producido una violación del art. 3 CEDH en supuestos en los que la ley establecía la primera revisión al cabo de 30 años [ver *Bodein contra Francia* (Demanda n.º 40014/10), 13/12/2015)].

(39) Como ya se explicó, en Inglaterra y Gales se pueden imponer cadena perpetua con «orden de vida entera» –lo que significa que, en principio, el encierro puede durar tanto como la vida del sujeto– sin que la sentencia establezca ningún periodo de cumplimiento mínimo de cara a la revisión de la condena y eso se ha considerado compatible con el CEDH por parte de la Gran Sala en *Hutchinson*.

(40) La primera condena a prisión permanente revisable se dictó el 14 de julio de 2017. Cfr. SAP Pontevedra 42/2017, de 14 de julio.

(41) En la STEDH –Sección 4.ª– del caso *James y otros contra Reino Unido*, de 11 de febrero de 2013 (ver sobre todo §§ 220, 221 y 222), también se aprecia una vulneración del CEDH, en este caso del art. 5.1 del mismo, debido a que el Estado miembro no puso a disposición de los condenados los medios y programas de reinserción necesarios para que estos pudieran ser liberados en el momento en que se revisó su condena, por lo que su privación de libertad tras esa revisión devino arbitraria. Pero, al igual que en la sentencia del caso *Murray*, el tribunal se pronuncia cuando los sujetos ya habían cumplido la parte mínima de la condena y sobre la constatación de una efectiva falta de medios que se produjo durante todo el periodo de cumplimiento mínimo previo a la revisión de la condena.

para ser excarcelado ya que no recibió tratamiento alguno que pudiera incidir sobre su peligrosidad.

Si la demanda contra España se interpusiera ahora, el TEDH tendría que pronunciarse no tanto sobre una constatación de falta de medios durante el periodo mínimo de cumplimiento, sino sobre una estimación, es decir, tendría que llegar a la conclusión de que el sistema de partida no ofrece al condenado los medios necesarios para que, llegado el momento, pueda cumplir con las exigencias requeridas para su liberación: el TEDH tendría que aceptar que, en las circunstancias actuales, el sistema español (42) no pone al alcance del penado los medios necesarios para que pueda llegar a tener un pro-

---

(42) Se podrían tener para ello en cuenta los estudios sobre la calidad de vida en las prisiones españolas en los que se analiza la disponibilidad de programas de reinserción, cuyos hallazgos no son del todo coincidentes. Además, los resultados están muy condicionados por las diferencias que existen entre los distintos centros penitenciarios lo que dificulta el ofrecer una idea de conjunto (Ver MARTÍ BARRACHINA, M., «El estudio...», cit., p. 18). El trabajo de Martí Barrachina citado es relevante en la medida que da cuenta de los distintos estudios llevados a cabo en España sobre la cuestión. Algunos ponen de manifiesto aspectos positivos como el hecho de que las oportunidades educativas en prisión para mujeres son altas sobre todo para aquellas sin estudios o con estudios primarios incompletos. La mayoría de los que recoge la autora, sin embargo, reflejan que las condiciones de vida en prisión y la aplicación de la política penitenciaria no permiten cumplir de forma adecuada el mandato resocializador. Ver *ibidem*, pp. 5-17.

Otros estudios más recientes, como uno realizado en cinco centros penitenciarios (los de Almería, Granada, Jaén, Málaga y Melilla), llegan a la conclusión de que el contexto actual al menos en lo que tiene que ver con las relaciones entre los internos entre sí y entre los internos y los funcionarios, es compatible con la reeducación y reinserción como finalidad de la ejecución de las penas privativas de libertad. No obstante, el resultado no es concluyente si se tiene en cuenta el ambiente en prisión y sus repercusiones en la socialización. A este respecto la percepción positiva entre los internos era del 27,3%, la neutra del 42,6% y la negativa del 30,1%. Ver BARQUÍN SANZ, J./CANO PAÑOS, M. A./CALVO ALBA, M. A., «Resocialización...», cit., pp. 281, 283 y 284.

Por su parte, otro estudio publicado en 2015 detecta dos problemas: por un lado, los programas de tratamiento que se ofertan en el medio penitenciario español no cuentan con las condiciones necesarias para cumplir con los objetivos que pretenden; por otro, estos programas llegan solo a una minoría de la población penitenciaria. Ver, CUTIÑO RAYA, S., «Algunos datos sobre la realidad del tratamiento en las prisiones españolas», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-11 (2015), pp. 1-41. Estos hallazgos son coherentes con el hecho de que solo una minoría de los reclusos en España accede al tercer grado y a la libertad condicional en parte debido a la escasez de programas de reinserción que tienen incidencia positiva en la aplicación de estas instituciones. Al respecto, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Mitos y realidades sobre el cumplimiento de la pena de prisión: Análisis cuantitativo y cualitativo del acceso al tercer grado y a la libertad condicional», en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, ISSN 1697-5758 n.º 134, septiembre-octubre, 2018, pp. 1-24.

nóstico favorable de reinserción social en el momento en que se revise su condena (algo que sucederá a 25 años vista en el mejor de los casos), que es en gran medida lo que se le va a exigir para ser liberado [ver apartado c) del art. 92.1 CP] (43). Es importante recordar que para tomar esta decisión el periodo de cumplimiento mínimo no es determinante para el TEDH como se explicó *supra* (algo que para mí constituye, como trataré de demostrar *infra*, una de las debilidades de la argumentación de este tribunal).

Esto no quiere decir que este planteamiento no se pueda defender. De hecho, ya se ha defendido y de forma brillante (44). Además, algunos de los datos empíricos analizados sobre la realidad de nuestra ejecución penitenciaria podrían servir al menos de base para ello. Lo que no me parece probable es que el TEDH lo asuma y condene a España por ello, pues esta asunción supondría un cambio radical de su dinámica que resultaría extremadamente audaz si tenemos en cuenta el talante conservador que este tribunal ha demostrado en el tratamiento de esta cuestión, y el hecho de que los fallos judiciales se basan no tanto en estudios generales sobre la disponibilidad de tratamientos resocializadores en el medio penitenciario si no, sobre todo, en los que en efecto se ofrecen al penado concreto que interpone la demanda (45).

Así las cosas, parece que habría que esperar a que el penado llegase a cumplir el tiempo mínimo de condena para que se procediera

---

(43) Además de los datos apuntados antes, se pueden tener en cuenta ciertos indicadores sobre la situación penitenciaria en España en comparación con los 28 países de la Unión Europea y los 47 de Consejo de Europa teniendo en cuenta el informe al respecto que analiza el periodo comprendido entre 2005 y 2015 (ver Marcelo F. AEBI, M.F./BERGER– KOLOPP, L./ BURKHARDT, C./TIAGO, M.M., *Prisons in Europe*, Vol. I, Consejo de Europa/Unión Europea, Lausanne, 2018, pp. 309 y ss.). Este informe evidencia datos que pueden considerarse positivos (por ejemplo, la densidad de población penitenciaria en España, medida en número de internos por cada 100 plazas, es baja si la comparamos con la del resto de países), otros que pueden considerarse negativos (la ratio de internos por personal de prisiones es alto en términos comparativos) y otros –la mayoría– que ubican a España dentro de la media (en ratio de suicidios y de muertes de internos y en el gasto diario por interno). No sé hasta qué punto estos datos pueden servir para confirmar que la prisión permanente en España no es reducible *de iure*.

(44) Ver LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A./ PÉREZ MANZANO, M./ ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L./ DE LEÓN VILLALBA, J./ MARTÍNEZ GARAY, L. «Dic-tamen...», cit., pp. 17-79.

(45) Me pregunto cómo se valoraría en este sentido el hecho de que uno de los condenados en España a prisión permanente revisable está estudiando el Grado en Derecho en la UNED, circunstancia esta de la que puedo dar fe plena porque he corregido algunos de los exámenes que esta persona ha realizado, los cuales, por cierto, han obtenido calificaciones positivas.

a su revisión y que esta se denegara por falta de un pronóstico favorable de reinserción social. A su vez habría que demostrar que nunca se pusieron al alcance del penado los medios necesarios para que pudiera efectuarse sobre él este pronóstico, lo cual tendría que ser indicativo de que su condena no era reducible *de facto*. Ello, además, podría dar cabida a una demanda por detención arbitraria *ex art. 5.1 CEDH*. El sistema, al no ofrecer posibilidad de reinserción al penado, hace inevitable su privación de libertad más allá de la fecha de revisión de manera que esta deviene arbitraria a partir de entonces (46). A este respecto, creo que algunas afirmaciones del manifiesto firmado por más de cien catedráticos de las universidades españolas al que antes hice referencia, deberían cuando menos, matizarse (47).

---

(46) El TEDH constató una violación del art. 5.1 CEDH en el caso *James, Wells y Lee contra el Reino Unido* [demandas n.º 25119/09, 57715/09 y 57877/09; STEDH sección 4.º, 18/09/2012 (§220-222)]. A los demandantes se les impusieron penas de prisión indeterminadas que las autoridades tenían obligación de revisar al cabo de un tiempo mínimo de cumplimiento efectivo. Más allá de este periodo que colmaba las exigencias de «castigo» por el delito cometido (la sentencia se refiere expresamente al cumplimiento del «elemento de castigo» de la condena que parecen identificarse con exigencias retributivas y preventivas generales –cfr. §194–), la privación de libertad se fundamentaba en el riesgo de reincidencia de los condenados. La cuestión es que los demandantes permanecieron en prisión más allá de la fecha de revisión sin que se hubiese puesto a su disposición los programas de reinserción orientados a tratar su peligrosidad. Así las cosas, la sección 4.ª entendió que la privación de libertad más allá de la fecha de revisión habría sido arbitraria y por ende contraria al art. 5.1 CEDH.

(47) En dicho manifiesto al que me referí *supra* se afirma: «*En todo caso, merece la pena subrayar que nuestra prisión permanente revisable podría ser contraria al Convenio... por la inexistencia de programas penitenciarios específicos de resocialización (STEDH James, Wells y Lee c. Reino Unido, de 18 de septiembre de 2012)*». Del análisis que contiene la cita al pie anterior se desprende que esta sentencia no puede servir para plantear la incompatibilidad del régimen español de prisión permanente revisable, en sí mismo considerado, con el art. 5.1 CEDH. Esta decisión lo que viene a establecer es que la detención del preso tras la revisión de su condena, es decir, más allá del periodo mínimo de cumplimiento, es arbitraria cuando se constata que el mismo no ha recibido los programas de reinserción que le hubieran permitido cumplir con los requisitos necesarios para la excarcelación cuando la revisión a tal efecto tuvo lugar. Es cierto que en la citada sentencia se achaca la falta de programas de reinserción para los demandantes a la ausencia de planificación por parte del Estado demandado, el cual introdujo medidas legislativas para acordar la imposición de penas indeterminadas de prisión sin tener en cuenta su impacto en el ámbito penitenciario y sin asegurar los fondos que pudieran hacer frente al mismo. También es cierto que esta práctica resulta irracional y criticable a juicio del TEDH (§§ 206, 208, 210). Pero lo que la sentencia no dice en ningún momento es que la medida legislativa que permitió el encarcelamiento indeterminado devenga en sí misma contraria al Convenio solo por ese motivo. La quiebra del art. 5.1 CEDH exige demostrar que, en

Con esto no quiero ni mucho menos decir que esta forma de proceder por parte del TEDH me parezca adecuada para proteger la dignidad humana. Como explicaré más adelante, creo que esta forma de operar se traduce en una deficitaria salvaguarda de la dignidad de los presos en general y de los condenados a prisión permanente en particular, porque en realidad no defiende su derecho a la esperanza, sino que solo sirve para constatar que nunca pudieron tener esperanza. De todos modos, esto no es del todo achacable al tribunal cuyo rol es reactivo (48) y necesita de demandas que pueden tardar en tramitarse y contestarse, teniendo en cuenta que antes se han de agotar las instancias internas dentro de cada Estado.

En cualquier caso, una eventual condena a España por cuestiones formales o materiales no supondría de ninguna manera la derogación de la prisión permanente revisable, sino a lo sumo la recomendación de modificar su régimen a fin de que el mismo resultase compatible con las exigencias del CEDH de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH. En este sentido, no se puede olvidar el hecho de que este alto tribunal lleva décadas repitiendo que la prisión permanente no es *per se* incompatible con el Convenio (ni con su artículo 3, ni con ningún otro) y que el encierro a perpetuidad de la persona condenada a esta pena tampoco lo es si el mismo es necesario desde el punto de vista preventivo especial (49).

Así las cosas, quizá haya que confiar en el carácter progresivo de la jurisprudencia del TEDH cuya evolución permita una más amplia y más adecuada protección de los derechos humanos previstos en el Convenio. No obstante, entiendo que, hoy por hoy, la legislación española se adecua a los insatisfactorios estándares actuales.

---

el caso concreto, el condenado no ha recibido programas de reinserción que le hubieran permitido optar a la excarcelación cuando se revisó su condena.

(48) Al respecto y en comparación con el rol del *Comité Europeo para la Prevención de la Tortura* que es proactivo, ver RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Los estándares internacionales...», cit., p. 227.

(49) Ya la Comisión Europea de Derechos Humanos se pronunció en ese sentido en la decisión sobre el *Caso Kotälla contra Holanda* (demanda n.º 7994/77), de 6 de mayo de 1978. Desde entonces este planteamiento se ha repetido en numerosos pronunciamientos hasta la actualidad, apareciendo en sentencias tan recientes como las del *caso Hutchinson* ya citada (§42).



### 3. Una posible solución para los condenados a penas de prisión no susceptibles de acumulación

Con todo, la jurisprudencia del TEDH sobre la materia sí ofrece una posibilidad de solución a un problema que se viene produciendo en España de un tiempo a esta parte. Me refiero al que surge de la imposición de penas de prisión no susceptibles de acumulación y que, por tanto, no quedan sujetas a los límites máximos de cumplimiento del art. 76 CP (50).

De acuerdo con un informe de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias (51) en 2010 había en España 354 personas cumpliendo condena en centros penitenciarios –sin contar los presos por delitos de terrorismo– castigadas a una pluralidad de penas no susceptibles de acumulación cuya suma aritmética superaba los 30 años, llegando en algunos casos a los 70, 80 e incluso 106 años de duración. Son supuestos en los que una misma persona comete varios delitos y estos no se pueden juzgar en el seno de un mismo procedimiento teniendo en cuenta que los nuevos hechos delictivos son posteriores en el tiempo al dictado de la sentencia que condenó los anteriores (52).

Se trata de condenas materialmente equiparables a la prisión permanente en la medida en que muchas de ellas pueden durar tanto como la vida natural del condenado, puesto que su extensión temporal supera con creces las expectativas más optimistas de esperanza de

---

(50) Sobre esta cuestión, entre otros, GARCÍA DEL BLANCO, V., «Acumulación de condenas a pena privativa de libertad sustituidas por expulsión», en *Crítica penal y poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, n.º 18, 2019, (Ejemplar dedicado a: «La movilidad humana: entre los derechos y la criminalización»), pp. 103-113 (sobre todo pp. 105-108); NISTAL BURÓN, J: «El artículo 76 del Código Penal. Alcance de la regla de la “acumulación jurídica” (1): a propósito del Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2.ª de 28 junio de 2012, rec. 99/2012». *Diario La Ley*, n.º 8025, 2013; CORDERO LOZANO, C., «Ejecución de la pena de prisión: especial referencia a la acumulación jurídica de condenas y a la refundición de penas». *Estudios jurídicos*, n.º 2012, 2012.

(51) LEGANÉS GÓMEZ, S., «La prisión permanente revisable y los beneficios penitenciarios», *La Ley Penal: Revistas de Derecho penal, procesal y penitenciario*, Volumen 110, 2014, pp. 20-32.

(52) De ahí que no se pueda aplicar el límite de cumplimiento máximo que, según el art. 76, puede ser igual al triple de la pena más grave impuesta o de 25, 30 o 40 años según los casos. Ello porque no se cumple lo que exige el art. 76.2 CP, según el cual esta limitación «se aplicará, aunque las penas se hayan impuesto en distintos procedimientos cuando lo hayan sido por hechos cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de acumulación, lo hubiera sido en primer lugar». Al respecto, ver GIL GIL, A./LACRUZ LÓPEZ, J. M./MELENDO PARDOS, M./NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Consecuencias...*, cit., pp. 89 y ss.

vida (53). Constituyen además de condenas irreducibles *de iure* teniendo en cuenta que la única forma de lograr la excarcelación es el indulto que puede conceder el poder ejecutivo, lo cual no cumple, como ya apunté, con los estándares de reducibilidad *de iure* fijados por el TEDH respecto la prisión permanente revisable.

Así las cosas, estimo viable una demanda ante el TEDH por violación del art. 3 CEDH por irreducibilidad *de iure* en este tipo de situaciones.

### III. INCONSISTENCIAS Y CONTRADICCIONES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN MATERIA DE PRISIÓN PERMANENTE

#### 1. Indicios de contradicción en la defensa del carácter absoluto de la prohibición de penas inhumanas y degradantes *ex art. 3 CEDH*

A diferencia de otros preceptos del Convenio, el contenido del artículo 3 («*Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*») se establece en términos absolutos de manera que la prohibición de tortura, tratos o penas inhumanas o degradantes no viene acompañada de la previsión de circunstancias que pudieran justificarla. Ello a diferencia de lo que sucede con la regulación de otros derechos como los previstos en los artículos 8 a 11 del CEDH (54).

(53) De acuerdo con los datos publicados por el INE en 2020, la esperanza media de vida respecto del año 2018 se sitúa en los 83,19 años para ambos sexos (datos disponibles en red: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=1414>; último acceso: 14/02/2020). Teniendo en cuenta que estamos hablando de personas condenadas que superan la mayoría de edad, está claro que su privación de libertad puede durar tanto como su vida natural. Ello encaja con la definición de cadena perpetua que aparece en el informe del *Comité Europeo para la Prevención de la Tortura*. Para este organismo, la cadena perpetua («*life sentence*») es «*una condena indeterminada impuesta por un tribunal por la comisión de un hecho delictivo por la que el condenado puede quedar privado de libertad durante el resto de su vida o hasta que se produzca su excarcelación en virtud de un proceso judicial, cuasi-judicial, ejecutivo o administrativo que determine que el penado no representa un riesgo para la sociedad*» –traducción propia–. Ver el Vigésimo quinto informe general que cubre el periodo que va desde el 1 de enero al 31 de enero de 2015. Disponible en red: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680696a9d> (último acceso: 19/01/2020).

(54) Ver REIDI A., *The prohibition of torture: A guide to the implementation of Article 3 of the European Convention of Human Right*. Council of Europe. Alemania, 2003, pp. 19 y 20.

En este sentido, según la Gran Sala «*El artículo 3 consagra uno de los valores fundamentales de la sociedad democrática. El mismo prohíbe la tortura, los tratos y las penas inhumanas y degradantes en términos absolutos y con independencia del comportamiento de la víctima que los padezca*» (ver *Kafkaris contra Chipre*, § 95). Se supone, por tanto, que no caben excepciones que permitan vulnerar este precepto, ni si quiera la existencia de una situación de guerra, ni, por supuesto, la extrema gravedad de los delitos que puede cometer una persona (55).

Pese a la contundencia de estos planteamientos, lo cierto es que, desde hace décadas, como se puso de manifiesto *supra*, el TEDH ha reiterado que la prisión permanente no es *per se* incompatible con el artículo 3 ni con ningún otro precepto del Convenio. Cuando la misma es reducible en los términos apuntados ello garantiza su compatibilidad con el Convenio. Ello incluso aunque la condena se cumpla de forma completa y el sujeto pase su vida entera en prisión. La peligrosidad del condenado y la correspondiente necesidad de protección de la sociedad prevalecen en estos casos, según el TEDH (56). Es decir que, a juicio de alto tribunal, la prisión permanente no deviene irreducible por el simple hecho de que se cumpla íntegramente y el sujeto pase el resto de su vida en prisión (cfr., entre otras, *Kafkaris contra Chipre*, §§ 97 y 98). Sin embargo, entiendo que el encierro a perpetuidad es en sí mismo contrario a la dignidad humana por mucho que, durante su ejecución, se consiga que el penado albergue la esperanza de una liberación compatible con su reintegración en la sociedad (lo cual puede resultar más que improbable en muchos casos) (57). A mi modo de ver, el hecho de que un hombre pase el resto de su vida en prisión como consecuencia de un castigo estatal vulnera el artículo 3 en la medida en que es el Estado, que también debe velar por él, el que elimina en efecto y para siempre de su existencia un valor que nos define como seres humanos que es la libertad. Puede que ello resulte

---

(55) *Ibidem*, p. 20.

(56) La Gran Sala ha afirmado que «*no hay vulneración del artículo 3 cuando, por ejemplo, se deniega la excarcelación a un condenado a prisión permanente tras la revisión de su condena sobre la base de que el mismo sigue representando un peligro para la sociedad..., el simple hecho de que esta clase de penados hayan estado encarcelados durante largos periodos de tiempo no debilita la obligación positiva del Estado de proteger al público; y el Estado debe cumplir con esa obligación manteniendo al penado privado de libertad mientras siga siendo peligroso...*» Ver STEDH en *Vinter y otros contra el Reino Unido* (§ 108) y en *Murray contra Holanda* (§ 99) (traducción propia).

(57) Muchos de los datos que arrojan los estudios empíricos sobre la calidad de vida en prisión analizados *supra* no son muy esperanzadores.

útil o incluso necesario, pero la utilidad o necesidad de ese encierro a perpetuidad no hacen que esa condena sea acorde con la dignidad humana. Por ello considero que la Gran Sala está en realidad creando una excepción que teóricamente es incompatible con el artículo 3, no ya basada en situaciones extremas como la guerra, sino en la peligrosidad del condenado a prisión permanente (58).

Tal vez ha llegado el momento de llamar a las cosas por su nombre y asumir que el Estado, en el mejor de los casos, recurre a la indignidad de encerrar de por vida a sus ciudadanos cuando una supuesta necesidad lo exige. A ello habría que añadir además y como habrá ocasión de comprobar, que la legitimidad de este encierro se puede poner en duda toda vez que en muchos casos el Estado no cuenta con herramientas adecuadas para medir la peligrosidad y en ocasiones no ofrece al condenado los medios necesarios para conjurar dicho peligro.

## 2. **El fundamento de la prisión permanente después del periodo de cumplimiento mínimo según la postura de la Gran Sala y sus implicaciones respecto de prescriptibilidad de algunos delitos en el sistema español**

Los razonamientos de la Gran Sala analizados arrojan dudas sobre el fundamento que la misma otorga a la privación de libertad más allá del periodo mínimo de cumplimiento de la pena de prisión permanente. En este sentido se pueden hacer, al menos, dos interpretaciones:

1.<sup>a</sup> Si, trascurrido el periodo mínimo de cumplimiento, la compatibilidad de la prisión permanente con la dignidad humana depende de su necesidad como respuesta a la peligrosidad del condenado, como parece desprenderse de las sentencias analizadas, entonces la retribución y la prevención general tienen una vida limitada. Es decir que, trascurrido el periodo de cumplimiento mínimo, el encierro prolongado del sujeto no puede encontrar su fundamento en la retribución ni en la prevención general. Ello resulta además coherente con la concepción del llamado «*derecho a la esperanza*». Si, como pone de manifiesto la juez Power Forde (ver su voto concurrente en el asunto *Vinter y otros contra el Reino Unido* –sección votos concurrentes, p. 54–) es preciso garantizar que «*los penados tengan la esperanza de que algún día puedan compensar el mal causado*» (sic), podemos entender entonces que la exigencia retributiva no es ilimitada y que su

---

(58) Así lo he puesto ya de manifiesto, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Lifers...», cit., p. 111.

satisfacción no requiere de la vida entera del sujeto para colmarse. Ello porque que el derecho a la esperanza se refiere no solo a la posibilidad de compensar el mal causado sino a que el sujeto pueda por ello recuperar su libertad y reintegrarse en la sociedad.

No obstante, este planteamiento resulta problemático ya que entonces la privación de libertad por encima del periodo de cumplimiento mínimo es contraria al principio de culpabilidad, toda vez que la pena retributiva proporcional al injusto culpable ya estaría cumplida. Estaríamos instrumentalizando al sujeto para cumplir con necesidades preventivas, en este caso de prevención especial. La cuestión se complica aún más si tenemos en cuenta que el Estado no cuenta con los instrumentos adecuados para hacer predicciones fiables de peligrosidad. La evolución de los últimos 40 años (59) en este campo se considera modesta por parte de algunos expertos y existen estudios que demuestran que el número de falsos positivos supera a veces el 50%: es decir que más del 50% de las personas a las que se les atribuyó un riesgo alto o muy alto de reincidencia, no volvieron a delinquir (60). Asimismo, el problema aumenta si consideramos, como sugieren bastantes estudios analizados *supra*, que el Estado muchas veces no ofrece al penado los programas que necesita para tratar su peligrosidad.

Desde esta perspectiva podemos decir que, tras el periodo mínimo de cumplimiento, el encierro: 1) deviene indigno porque va más allá del castigo proporcional al injusto culpable; 2) puede que sea innecesario en atención a la dificultad de medir la peligrosidad; 3) puede que resulte arbitrario en la medida en que al sujeto no se le ofrecen los medios para tratar su peligrosidad.

2.<sup>a</sup> Otra manera de interpretar la postura de la Gran Sala es considerar que la retribución y la prevención general no desaparecen tras el periodo mínimo de cumplimiento como fundamentos de la privación de libertad. Lo que ocurre es que tras ese tiempo estas exigencias se reducen. Si a esta reducción se le suma la ausencia de necesidad preventivo especial, resulta que la prolongación de la privación de libertad no cuenta, digamos, con un fundamento penológico legítimo suficiente. De este modo, si el encierro se prolonga más allá del periodo de cumplimiento mínimo porque el penado sigue siendo peligroso, esta privación de libertad no solo

---

(59) SKEEM, JENNIFER L./MONAHAN, J., «Current Directions in Violence Risk Assessment» *University of Virginia School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series No. 2011-13*, p. 12.

(60) See MARTÍNEZ GARAY, L., «The uncertainty of risk assessment in criminal law: consequences for the concept, legitimacy and limits of security measures», *InDret 2/2014*, pp. 7-14.

encontraría su fundamento en esa necesidad preventivo especial sino también en la retribución y en la prevención general (61). Así se salvaría la quiebra del principio de culpabilidad y con ello la de la dignidad humana que entraña todo castigo que va más allá de la retribución.

No obstante, esta interpretación no está exenta de problemas. Si para la Gran Sala el encierro posterior al periodo de cumplimiento mínimo que no responde a la necesidad preventivo-especial es indigno y contrario al Convenio, es porque la exigencia retributiva tras dicho periodo es muy débil hasta el punto de que por sí sola no puede justificar la privación de libertad. Así las cosas, ¿se puede salvar el escollo del principio de culpabilidad con un fundamento retributivo tan débil? (62). Pensemos, además, que el fundamento retributivo es en realidad el único que resulta clave en este sentido, pues el encierro que encuentra su razón de ser en necesidades preventivas (sean estas especiales o generales) siempre corre el riesgo de ser indigno por contrario al principio de culpabilidad.

Por otro lado, si las exigencias de retribución jamás cesan sino que solo se reducen de manera que resultan insuficientes pero no inexistentes ante la ausencia de exigencia de necesidad de prevención especial, ¿no es el propio sistema jurídico inherentemente inhumano cuando algunas de sus quiebras –las que provocan los delitos castigados con prisión permanente– solo se pueden restañar con encierros a perpetuidad?; ¿hay entonces quiebras que exigen el sacrificio de una vida entera precisamente para castigar al que arrebató la vida a otros? Por otro lado, como en toda fundamentación

---

(61) Cfr. voto parcialmente concurrente del Juez Pinto de Albuquerque en *Murray contra Holanda* –sección votos particulares–, p. 64 §14; en el mismo sentido, LANDA GOROSTIZA, J. M., «Prisión perpetua...», cit., pp. 10 y 11).

(62) También cabe pensar que en realidad las exigencias retributivas y de prevención general no se reducen o al menos no tan significativamente después de un periodo de cumplimiento mínimo. Imaginemos el caso de un individuo que asesina a 20 personas y al que le corresponde un castigo que en términos estrictamente retributivos fuese de 300 años de prisión. En este caso, al cabo de un periodo de cumplimiento mínimo (25, 28, 30 ó 35 años de acuerdo con el régimen español) al sujeto aún le quedarían muchos años por cumplir en términos retributivos. Lo que sucede es que el cumplimiento parcial de la exigencia retributiva unido al hecho de que al cabo de 25 años de internamiento las posibilidades de reinserción decrecen irreversiblemente, legitiman la excarcelación si existe un pronóstico favorable de reinserción social. La exigencia retributiva simplemente cede, pero no se considera reducida hasta el punto de ser en sí misma insuficiente para legitimar la pena. Si el pronóstico positivo de reinserción no existe la continuidad del encarcelamiento cuenta no obstante con un fundamento retributivo suficiente. El problema que sigue existiendo entonces es que la humanidad del castigo depende entonces de pronósticos inciertos de peligrosidad y esto es insatisfactorio.

estrictamente retributiva del castigo, aparece un componente de irracionalidad: si la exigencia retributiva no cesa nunca, si el daño es tan enorme ¿cómo y por qué puede restañarlo un encierro de por vida de una persona? Además, esto equivaldría a decir que el hombre no puede saldar nunca su deuda; se le libera porque su falta de peligrosidad hace que la privación de libertad se vuelva innecesaria para la seguridad pública pero no porque la vulneración del orden jurídico que él provocó haya quedado restañada. Un ordenamiento que requiere del resto de la vida de un hombre para reparar el daño que este le causó, se coloca sin duda por encima del hombre que, recordemos, también está llamado a proteger.

Por último, este planteamiento resulta hasta cierto punto contradictorio con la adecuada protección del «derecho a la esperanza», al menos en los términos de la Juez Power-Forde analizados *supra*.

En otro orden de cosas, si optamos por esta segunda posibilidad y entendemos que, de acuerdo con la Gran Sala, las exigencias retributivas y preventivo generales no cesan tras el periodo mínimo de cumplimiento, el ordenamiento jurídico español puede resultar incoherente cuando la mayoría de los delitos que castiga con prisión permanente están sujetos a plazos de prescripción (63).

Uno de los fundamentos de la prescripción consiste en que con el paso del tiempo la lesividad de los hechos va desapareciendo y, con ella, las exigencias de retribución. También la necesidad preventivo general se va desvaneciendo toda vez que, trascurrido un tiempo desde que se cometió el delito, la sociedad que lo vivió no va a ser la misma que reciba, a través de la pena, el mensaje que de aquello no debe ser. Es por ello que, trascurrido un tiempo sin procedimiento incoado o desde que el mismo termina sin condena, se entiende que no hay nece-

---

(63) Efectivamente, según el art. 131.3 CP, son la mayoría ya que, de los delitos castigados con prisión permanente revisable, solo son imprescriptibles la muerte causada con ocasión de la comisión de delitos de terrorismo; la muerte, agresión sexual y lesiones del art. 149 CP causadas con ocasión de un delito de genocidio y las muertes causadas con ocasión de la comisión de delitos de lesa humanidad (al respecto, ver NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «De Kafkaris...», cit.). El resto de los delitos castigados con prisión permanente revisable están sujetos a un plazo de prescripción de 20 años de acuerdo con el art. 131.1 CP. Estos delitos son los siguientes: asesinato de persona especialmente vulnerable o menor de 16 años y asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual cometido contra la misma víctima (apartados 1 y 2 del art. 140 CP), homicidio del Rey, de la Reina o del Príncipe o Princesa de Asturias (art. 485 CP), Homicidio del Jefe de un Estado extranjero u otra persona internacionalmente protegida por un tratado que se halle en España (art. 601.5 CP).

sidad de verificar la existencia de responsabilidad penal (64). De alguna manera esto quiere decir que los delitos que prescriben no generan exigencias perpetuas de retribución ni de prevención general. Por este motivo resulta incongruente que algunos de esos delitos se castiguen con prisión permanente cuando se entiende que dicho castigo legitima un encierro a perpetuidad basado en parte en el carácter definitivo de tales exigencias.

Con todo, se puede pensar que la prescripción se fundamenta también en razones de índole procesal (dificultad probatoria, etc.) (65), pero entiendo que esto es secundario y en absoluto determinante, porque también existen tales razones cuando se trata de delitos imprescriptibles que no dejan de serlo por mor de las mismas. Por ello, pienso que la diferencia entre los delitos que prescriben y los que no prescriben tiene que guardar relación con la inexistencia o existencia, respectivamente, de exigencias perpetuas de retribución y prevención general.

De estar en lo cierto, se debería revisar el ordenamiento jurídico español en este sentido a fin de dotarlo de coherencia interna y evitar el absurdo al que puede abocar su aplicación. Imaginemos que una persona asesina a otra a la que previamente ha violado y consigue eludir la acción de la justicia al haber eliminado las pruebas que la incriminan. Supongamos que trascurren 20 años desde la comisión de los hechos y se descubren nuevas pruebas que apuntan de forma inequívoca a la comisión de los hechos por parte de esta persona. En tal caso su responsabilidad penal no se podría ni siquiera verificar por el periodo de tiempo transcurrido. Sin embargo, si esa misma persona no consigue en su momento eludir la acción de la justicia y resulta condenada a la pena de prisión permanente revisable, el mismo sistema jurídico que impide verificar su responsabilidad penal transcurrido un tiempo de 20 años permite, no obstante, su encierro a perpetuidad.

---

(64) Al respecto, sobre las teorías que apuntan al fundamento material de la prescripción referido a razones de retribución y prevención general, ver PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *La prescripción de los delitos y de las faltas: doctrina y jurisprudencia*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 123-131. Destacan también por su exhaustividad en el tratamiento del fundamento de la prescripción, GONZÁLEZ TAPIA, M. I., *La prescripción en el derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2003; GILI PASCUAL, A., *La prescripción en derecho penal*, Pamplona: Aranzadi, 2001.

(65) Para un análisis exhaustivo de estos argumentos, PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *La prescripción...*, cit., pp. 136-142.



### 3. La ilusoria defensa del «derecho a la esperanza»

En la sentencia del caso *Murray*, y por los motivos explicados *supra*, se constata la irreducibilidad *de facto* de la condena a prisión permanente al cabo de más de 34 años de cumplimiento. Pero entonces, ¿significa esto que la quiebra del derecho a la esperanza cuando la misma se deriva de que la condena es irreducible *de facto* solo se puede confirmar *a posteriori*, es decir, una vez que de hecho se puede constatar que al penado no le han ofrecido la posibilidad de reinserirse habiendo cumplido la parte mínima de la condena?

De ser así, ello resultaría hasta cierto punto incoherente porque, ¿qué sentido tiene constatar que se ha quebrantado el derecho a la esperanza al cabo de más de 34 años de condena, cuando es evidente que esa esperanza se ha tenido que esfumar mucho tiempo antes y cuando se supone que el derecho a la esperanza se debe respetar desde el momento mismo en que se impone la sentencia?

Así las cosas, se debería fomentar la valoración de la irreducibilidad *de facto* desde el momento en que se dicta sentencia a fin de que se pudiera comprobar si en efecto el penado va a tener a su alcance los medios para su reinserción para que, llegado el momento, la revisión de su condena se pueda traducir en una efectiva excarcelación. De lo contrario, esta dinámica interpretativa aboca a una intervención tardía que no puede proteger un derecho a la esperanza sino solo constatar que la misma nunca existió. Es más, sin esa revisión inicial de reducibilidad *de facto*, corremos el riesgo de que la pena, además de inhumana, sea cruel teniendo en cuenta el sufrimiento que acarrea el no contar con un horizonte realista de libertad en el momento en que tiene lugar la imposición de una prisión permanente (66).

### 4. La obligación positiva del Estado en materia de reinserción de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH

El grandilocuente y reiterado empeño del TEDH por establecer la obligación positiva del Estado de ofrecer medios que posibiliten la reinserción y de orientar la ejecución de las penas privativas de liber-

---

(66) En este sentido, NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Lifers...», cit., p. 110; y, del mismo autor, «De Kafkaris...», cit.

tad a esta finalidad (67), algo que por otro lado debería resultar a estas alturas indiscutible (68), permite hacer dos consideraciones.

Por un lado, exige revisar nuestra jurisprudencia constitucional que además de afirmar que la reinserción no es el fin primordial de la pena de prisión (69), alude a la misma como un mero principio orientador de la ejecución penitenciaria (70). Semejante exégesis no resulta coherente con los estándares marcados de forma reiterada por parte del TEDH los cuales exigen un rol mucho más proactivo por parte del Estado el cual debe asegurar los medios que hagan posible esa finalidad del encarcelamiento.

Por otro lado, este discurso del TEDH en materia de reinserción corre el riesgo de reducirse a una mera declaración formal de principios, al menos en lo que respecta a la prisión permanente revisable.

---

(67) Aunque la Gran Sala replanteó con *Vinter* esta obligación positiva del Estado, en realidad la misma lleva existiendo en el plano internacional al menos desde la década de los 80 del pasado siglo. Así lo destaca el Juez Pinto de Albuquerque en su voto particular en la sentencia del caso *Hutchinson* (ver párrafo 9 de ese voto particular). Son muchos los instrumentos internacionales que así lo demuestran: el *Comité de Ministros del Consejo de Europa* ha dictado numerosas resoluciones y recomendaciones al respecto desde 1973 hasta al menos el año 2006; también es de destacar la labor del *Comité Europeo para la Prevención de la Tortura* relativa en materia de política penitenciaria de los condenados a penas de prisión de larga duración (ver párrafo 6 de voto particular al que se acaba de hacer alusión). Ello por no remontarnos al régimen aprobado ya en 1995 en Naciones Unidas relativo a los estándares mínimos sobre las reglas de tratamiento de los internos. Sobre estas cuestiones, ver RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Los estándares internacionales...», cit., pp. 244-259.

(68) De ello no solo depende la reducibilidad *de facto* de la condena a prisión permanente (art. 3 CEDH) sino la legitimidad de la privación de libertad trascurrido el periodo mínimo de cumplimiento (art. 5.1 CEDH).

(69) No obstante, en sentencias muy recientes se habla de la reinserción como finalidad «no exclusiva de las penas privativas de libertad» (STC –sala segunda– de 27 de enero de 2020 –recurso n.º 6354-2017–), e incluso como fin primordial de las instituciones penitenciarias aludiendo a la previsión expresa en ese sentido del art. 1 LOGP .

(70) Así en las SSTC 19/1988, de 16 de febrero; 150/1991, de 4 de julio; 209/1993, de 28 de junio; 120/2000, de 7 de junio. Para un análisis en profundidad de estas y otras resoluciones, ver CÁMARA ARROYO, S./FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *La Prisión Permanente Revisable...*, cit., pp. 171-176.

No obstante, en sentencias muy recientes se habla de la reinserción como la finalidad «no exclusiva» de las penas privativas de libertad (STC –Sala Segunda– de 27 de enero de 2020 –recurso n.º 6354-2017–), e incluso como el «fin primordial» de las instituciones penitenciarias aludiendo a la previsión expresa en ese sentido del art. 1 LOGP (STC –Sala Primera– de 10 de febrero de 2020 –recurso n.º 3185-2018–). En parte sobre la base de esta concepción de la reinserción, se constata la vulneración constitucionalmente ilegítima por parte de la Administración Penitenciaria de determinados derechos fundamentales de los internos como la libertad de expresión *ex art. 20.1 a) CE*.

A ese respecto, ¿cómo es posible que entonces se deje a la discreción del Estado el establecimiento del límite mínimo de cumplimiento previo a la revisión cuando los plazos excesivos reducen cuando no eliminan toda posibilidad de reinserción?; ¿cómo es posible que se acepten previsiones tan confusas y carentes de garantías como las de Inglaterra y Gales en el caso *Hutchinson contra Reino Unido* en 2017? En este sentido, se echa en falta una postura más coherente y firme por parte del TEDH en lo que al plazo de revisión se refiere. La defensa a ultranza de la reinserción no casa con su doctrina relativa al aspecto temporal de la revisión.

Con todo, este insistente discurso en pro de la resocialización como obligación positiva del Estado para con los condenados a penas privativas de libertad puede orientarse a otros objetivos distintos de la reincorporación del penado a la vida en libertad dentro de la comunidad social. En este sentido, TEDH no ignora los efectos del encarcelamiento a largo plazo en la salud física y mental de los condenados (ver voto parcialmente concurrente del Juez Pinto de Albuquerque en el caso *Murray contra Holanda* –sección de votos particulares, p. 55–) y tales efectos pueden mitigarse, al menos en parte, si el tiempo de privación de libertad se dedica a actividades productivas.

De este modo, el ideal resocializador buscaría procurar que los internos se encuentren en las mejores condiciones posibles mientras cumplan su condena de manera que los efectos aflictivos del encarcelamiento se redujeran, así como el riesgo de que el mismo resulte cruel (71).

Asimismo, la orientación resocializadora, pese a su apariencia humanitaria, puede responder a intereses de tipo pragmático. Ello porque la seguridad interna de las prisiones se beneficia de este enfoque teniendo en cuenta que la ocupación de los internos en actividades constructivas se correlaciona con menor incidencia de violencia en los centros penitenciarios. Por otro lado, los internos son más propensos a cumplir las normas si creen que con ello pueden conseguir un obje-

---

(71) En este sentido, ver GARCÍA JIMÉNEZ, E./SÁNCHEZ LÓPEZ, B., «La educación en contextos de encierro desde una perspectiva multidisciplinar: la importancia de educar en valores como impulso a la reinserción social», en *Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*. Enero 2020, Vol. 7, tomo 2, pp. 1-26; MONTERO PÉREZ DE TUDELA, E., «La reeducación y la reinserción social en prisión: El tratamiento en el medio penitenciario español», *Revista de Estudios Socioeducativos*, n.º 7, 2019, pp. 227-249; GALÁN CASADO, D. A./MORALEDA RUANO, A., «Reflexiones sobre el impacto de la privación de libertad en la dimensión emocional de los internos recluidos en los centros penitenciarios españoles. La educación emocional como complemento a la reinserción y reeducación», *Edetania*, 53 [julio 2018], 225-240.

tivo: la excarcelación anticipada por los progresos alcanzados en su propia reinserción (72).

En cualquier caso, es evidente que el enfoque resocializador al menos mitiga los efectos y los problemas que suscita el encarcelamiento prolongado por lo que la insistencia del TEDH en esta materia es necesaria y siempre bienvenida. No obstante, se necesita una postura más coherente por su parte para evitar lo que se revela como una cruel paradoja desde el punto de vista de los condenados a prisión permanente: la confirmación de la obligación positiva del Estado en materia de su reinserción y una política nada realista respecto de los periodos de cumplimiento mínimo que convierte en inalcanzable el objetivo resocializador.

Cuando los plazos de revisión superan determinados márgenes temporales (en España pueden ser hasta de 35 años), parece que el afán resocializador solo busca crear en el penado la ilusión de que se trata de una meta factible y conseguir así que el encarcelamiento le resulte menos aflictivo (ello en el mejor de los casos) o mejorar la seguridad interna de las prisiones.

#### IV. CONCLUSIONES

En contra de lo que la opinión doctrinal en España parece sostener, recurrir a la jurisprudencia del TEDH en materia de prisión permanente revisable para defender la posible incompatibilidad del modelo regulatorio español con el CEDH, no constituye una estrategia acertada para los que somos contrarios a esta pena.

Del análisis aquí plasmado se desprende que el régimen español vigente de la prisión permanente revisable cumple con los requisitos formales y materiales que hasta el momento la jurisprudencia del TEDH exige para su conformidad con el artículo 3 del CEDH.

---

(72) Es de destacar en este sentido el informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura emitido en junio de 2007 tras la visita a las cárceles de Aruba y las Antillas Holandesas. En dicho informe se pone de manifiesto que el hecho de que a los condenados a cadena perpetua se les ofrezca un régimen personalizado de ejecución penitenciaria orientado a su reinserción fortalece el desarrollo de relaciones constructivas entre los internos y el personal penitenciario y por tanto refuerza la seguridad dentro de la prisión. El informe está disponible en red: <http://hudoc.cpt.coe.int/eng#%22fulltext%22:%22aruba%22,%22sort%22:%22CPTStateOrder%20Ascending%22,%22CPTDocumentType%22:%22vr%22,%22CPTPlaces%22:%22pri%22,%22CPTSectionID%22:%22p-nld-20070605-en-25%22> (último acceso: 15/02/2020).

Desde el punto de vista formal en lo que respecta a la «reducibilidad *de iure*» de las condenas a prisión permanente revisable, la regulación española resulta mucho más garantista que la de otros países que han pasado de forma satisfactoria el control de la instancia judicial europea, como por ejemplo Inglaterra y Gales [STEDH –Gran Sala– caso Hutchinson contra el Reino Unido, (demanda n.º 57592/08), de 17 de enero de 2017]. En lo que se refiere a la «reducibilidad *de facto*», la interposición de una demanda contra España en este momento resultaría, por un lado, prematura y, por otro, no lograría, en el improbable caso de ser exitosa para el penado, ni su excarcelación ni la derogación del régimen de prisión permanente.

Con todo, la doctrina jurisprudencial analizada quizá permita dar una respuesta para las personas que se encuentran cumpliendo lo que materialmente equivale a una cadena perpetua (según los estándares del *Comité Europeo para la Prevención de la Tortura*) al haber sido condenados una pluralidad de penas que no resultan acumulables *ex art. 76 CP* y cuya suma aritmética supera en muchos casos los 50 años de duración. Estas condenas se pueden considerar irreducibles *de iure* y, por ende, contrarias al art. 3 CEDH puesto que solo a través del indulto se podría conseguir la excarcelación anticipada lo cual es insuficiente según el TEDH.

En otro orden de cosas, el análisis de la jurisprudencia del TEDH en materia de prisión permanente revela contradicciones e inconsistencias por parte de esta instancia jurisdiccional, resulta decepcionante e insuficiente en lo que a la protección de la dignidad de los condenados se refiere. Ello exige apostar por el carácter progresivo de esta jurisprudencia a fin de que se pueda proteger adecuadamente el derecho a la esperanza de estos penados y la defensa de la reinserción como obligación positiva del Estado no se quede en algo meramente simbólico o termine por buscar objetivos ajenos a este ideal como la seguridad dentro del medio carcelario.

Es preciso destacar por último algunas implicaciones que la doctrina jurisprudencial analizada tiene para la vigente regulación española. A este respecto se pueden hacer, al menos, las siguientes consideraciones:

– La insistencia sobre la obligación positiva del Estado en materia de resocialización exige revisar nuestra jurisprudencia constitucional que ve en el ideal resocializador una mera orientación que debe guiar la ejecución penitenciaria. Algunas resoluciones muy recientes del TC constituyen cuando menos un positivo, aunque aún tímido, cambio de tendencia en este sentido (SSTC –Sala Segunda– de 27 de enero de 2020 –recurso n.º 6354-2017–; –Sala Primera– de 10 de febrero de 2020 –recurso n.º 3185-2018–). En esta última y sobre la base del

tenor literal del art. 1 LOGP se alude a la reinserción como el «fin primordial» de las instituciones penitenciarias.

– El fundamento atribuido a la pena de prisión permanente tras el periodo de cumplimiento mínimo empuja a pensar que las exigencias de retribución y prevención general de los delitos castigados con esta pena son o deben ser perpetuas. Así las cosas, el hecho de que la mayoría de los delitos castigados con prisión permanente revisable en España prescriban a los 20 años resulta incoherente ya que la razón de ser de la prescripción reside, de acuerdo con la postura que aquí se defiende, en la caducidad de tales exigencias.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- AEBI, M.F./LINDE, A./DELGRANDE, N., «Is There a Relationship between Imprisonment and Crime in Western Europe?», *European Journal on Criminal Policy and Research*, September 2015, Vol. 21, Issue 3, pp. 425-446.
- AEBI, M.F./BERGER-KOLOPP, L./BURKHARDT, C./TIAGO, M.M., *Prisons in Europe* Vol. I. Consejo de Europa/Unión Europea, Lausanne, 2018.
- BARQUÍN SANZ, J./CANO PAÑOS, M. A./CALVO ALBA, M. A., «Resocialización y encuestas de calidad de vida penitenciaria», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 20 (julio de 2018), pp. 251-285.
- CÁMARA ARROYO, S./FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*, Thomsom Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.
- CASALS FERNÁNDEZ, A., *La prisión permanente revisable*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2019
- CERVELLÓ DONDERIS, V., *Prisión perpetua y de larga duración: régimen jurídico de la prisión permanente revisable*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015.
- CORDERO LOZANO, C., «Ejecución de la pena de prisión: especial referencia a la acumulación jurídica de condenas y a la refundición de penas». *Estudios jurídicos*, n.º 2012, 2012.
- CUERDA RIEZU, A., *La cadena perpetua y las penas de muy larga duración: por qué son inconstitucionales en España*, Atelier, Barcelona, 2011.
- GALÁN CASADO, D.A./MORALEDA RUANO, A., «Reflexiones sobre el impacto de la privación de libertad en la dimensión emocional de los internos reclusos en los centros penitenciarios españoles. La educación emocional como complemento a la reinserción y reeducación», *Edetania*, 53 [julio 2018], 225-240.
- GARCÍA DEL BLANCO, V., «Acumulación de condenas a pena privativa de libertad sustituidas por expulsión», en *Crítica penal y poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, n.º 18, 2019, (Ejemplar dedicado a: La movilidad humana: entre los derechos y la criminalización), pp. 103-113
- GARCÍA JIMÉNEZ, E./SÁNCHEZ LÓPEZ, B., «La educación en contextos de encierro desde una perspectiva multidisciplinar: la importancia de educar

- en valores como impulso a la reinserción social», en *Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*. Enero 2020, Vol. 7, tomo 2, pp. 1-26.
- GIL GIL, A. / LACRUZ LÓPEZ, J. M. / MELENDO PARDOS, M. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Consecuencias Jurídicas del Delito: Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, Dykinson, Madrid, 2018.
- GILI PASCUAL, A., *La prescripción en derecho penal*, Pamplona: Aranzadi, 2001.
- GONZÁLEZ TAPIA, M. I., *La prescripción en el derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2003.
- JAÉN VALLEJO, M., «La prisión permanente comienza a aplicarse», en *elderecho.com lefevre-elderecho*, 17/07/2017. Artículo disponible en red: <https://elderecho.com/la-prision-permanente-revisable-comienza-a-aplicarse> (último acceso: 18/01/2019)
- LANDA GOROSTIZA, J. M., «Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿Derecho a la esperanza?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17-20 (2015), pp. 4 y 5.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. / PÉREZ MANZANO, M. / ALCÁCER GUIRAO, R., ARROYO ZAPATERO, L. / DE LEÓN VILLALBA, J. / MARTÍNEZ GARAY, L., «Dictamen sobre la constitucionalidad de la prisión permanente revisable», en Arroyo Zapatero, L., Lascuraín Sánchez, J. A., Pérez Manzano, M. (eds.): *Contra la cadena perpetua*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2016, pp. 17 a 79.
- LEGANÉS GÓMEZ, S., «La prisión permanente revisable y los beneficios penitenciarios», *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, Volumen 110, 2014, p. 20-32.
- MARTÍ BARRACHINA, M., «El estudio de la calidad de vida en prisión: Una revisión bibliográfica de la investigación en España y principales planteamientos internacionales», en *InDret* 3/2017, pp. 1-33.
- «Errores conceptuales en la estimación de riesgo de reincidencia: La importancia de diferenciar sensibilidad y valor predictivo, y estimaciones de riesgo absolutas y relativas», *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 3, n.º 14 (2016).
- MARTÍNEZ GARAY, L., «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret* 2/2014.
- «Errores conceptuales en la estimación de riesgo de reincidencia: La importancia de diferenciar sensibilidad y valor predictivo, y estimaciones de riesgo absolutas y relativas», *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 3, n.º 14 (2016).
- MARTÍNEZ GARAY, L. / MONTES SUAY, F., «El uso de valoraciones del riesgo de violencia en Derecho Penal: algunas cautelas necesarias», *InDret*, 2/2018.
- MONTERO PÉREZ DE TUDELA, E., «La reeducación y la reinserción social en prisión: El tratamiento en el medio penitenciario español», *Revista de Estudios Socioeducativos*, n.º 7, 2019, pp. 227-249.
- NISTAL BURÓN, J., «El artículo 76 del Código Penal. Alcance de la regla de la «acumulación jurídica» (1): a propósito del Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección 2.ª de 28 junio de 2012, rec. 99/2012». *Diario La Ley*, n.º 8025, 2013.

- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Análisis crítico de la libertad condicional en el Proyecto de Reforma de 20 de septiembre de 2013 (especial referencia a la prisión permanente revisable)», en *La Ley Penal: Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, vol. 110, 2014, pp. 50-74.
- «Lifers before the European Court of Human Rights: Some reasons for concern and disappointment» en *Supplement of Valahia University LAW STUDY* Târgoviste, 2018, pp. 100-109.
- «Mitos y realidades sobre el cumplimiento de la pena de prisión: Análisis cuantitativo y cualitativo del acceso al tercer grado y a la libertad condicional», en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, ISSN 1697-5758 n.º 134, septiembre-octubre, 2018, pp. 1-24.
- «De Kafkaris (2008) a Hutchison (2017): Reflexiones sobre los límites a la cadena perpetua para un estudio crítico del sistema español», en Ruda González A./Jerez Delgado, C. (dirs.): *Estudios sobre Jurisprudencia Europea II*, Sepin, Madrid, (en prensa).
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *La prescripción de los delitos y de las faltas: doctrina y jurisprudencia*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2004.
- RÍOS MARTÍN, J. C., *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*. Tercera Prensa. San Sebastián, 2013.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Los estándares internacionales sobre la cadena perpetua del Comité Europeo para la prevención de la tortura y las penas o tratos inhumanos y degradantes», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, n.º 17 (enero de 2017), pp. 225-275.
- *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de la larga duración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- ROIG TORRES, M., *La cadena perpetua en el derecho alemán y británico: la prisión permanente revisable*, Iustel, Madrid, 2016.
- SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, I., *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, Dykinson, Madrid, 2016.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Atelier, Barcelona, 2018.
- SKEEM, J.L./MONAHAN, J., «Current Directions in Violence Risk Assessment» *University of Virginia School of Law Public Law and Legal Theory Research Paper Series No. 2011-13*, p. 12.
- SOUZA DE ALMEIDA, D., Prensa, opinión pública y política criminal en España: *Un análisis sobre la posible influencia del populismo penal mediático en la aprobación de la prisión permanente revisable*. Tesis doctoral inédita dirigida por la Dra. Laura Pozuelo Pérez. Universidad Autónoma de Madrid (2019).
- VAN ZYL SMIT, D. / WEATHERBY, P. / CREIGHTON, S., «Whole Life Sentences and the Tide of European Human Rights Jurisprudence: What is to be done?», *Human Rights Law Review*, 2014, 14, 59-84.
- VARONA GÓMEZ, D., *El Debate Ciudadano Sobre la Justicia Penal y el Castigo: Razón y Emoción en el Camino Hacia un Derecho Penal Democrático*. Marcial Pons, Madrid, 2016.



# El medicamento como instrumento del delito: análisis del delito farmacológico y las intoxicaciones medicamentosas desde la Medicina legal, el Derecho penal y su jurisprudencia

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal y Criminología  
(Acreditado Contratado Doctor)  
UNED

## RESUMEN

*El objetivo de este trabajo es estudiar, desde una visión multidisciplinar, las conductas criminales que se originan alrededor del concepto de medicamento. Para ello se propone un estudio holístico del término, que abarque tanto su definición material como su significado legal, desde la óptica de la Medicina legal, el Derecho administrativo y el Derecho penal. De este modo, se realiza un análisis del medicamento como objeto de estudio de la Medicina legal y su evolución histórica, hasta su efectiva incorporación como objeto material del delito farmacológico en nuestro ordenamiento jurídico penal. Posteriormente, se procede a la exégesis de los tipos penales recogidos en el Capítulo III del Título XVII del Código penal dedicado a los delitos contra la salud pública (arts. 361 y ss.), tanto desde una perspectiva doctrinal como jurisprudencial. Finalmente, también se atenderá, desde una perspectiva interdisciplinar que engloba una dimensión criminológica y forense, a la fenomenología concreta de algunas modalidades delictivas relacionadas con el mundo del medicamento: corrupción del sector farmacéutico, error de medicación e intoxicaciones medicamentosas.*

*Palabras clave: delito farmacológico, medicamento, producto sanitario, intoxicación, emvenenamiento, salud pública, Medicina legal, Derecho penal sanitario.*

## ABSTRACT

*The purpose of this work is to study, from a multidisciplinary perspective, the criminal behaviours that originate around the concept of medicine. To this end, a holistic study of the term is proposed, covering both its material definition and its legal meaning, from the perspective of legal medicine, administrative law and criminal law. In this way, an analysis of the drug is carried out as an object of study of legal Medicine and its historical evolution, until its effective incorporation as a material object of the pharmacological crime in our criminal legal system. Subsequently, the exegesis of the criminal types included in Chapter III of Title XVII of the Criminal Code dedicated to crimes against public health (arts. 361 et seq.) is carried out, both from a doctrinal and jurisprudential perspective. Finally, from the interdisciplinary perspective, which encompasses a criminological and forensic dimension, the specific phenomenology of some criminal modalities related to the world of medicine will also be addressed: corruption of the pharmaceutical sector, medication error and drug poisoning.*

*Keywords: medicinal crime, medicine, medical device, intoxication, poisoning, public health, legal medicine, sanitary criminal law.*

Sumario: I. El medicamento como objeto de estudio de la Medicina Legal y su relevancia histórica en la tipificación del delito farmacológico.-II. El concepto material/legal de medicamento y producto sanitario.-III. Responsabilidad Jurídica de las compañías y laboratorios farmacéuticos en materia de medicamento.-IV. Derecho penal sanitario y el delito farmacológico: a) art. 361 CP; b) art. 362 CP; c) art. 362 bis CP; d) art. 362 ter CP; e) art. 362 quater CP; f) Otras cuestiones relevantes en torno al medicamento y su relación con el derecho penal.-V. El error de medicación y las intoxicaciones medicamentosas.

## I. EL MEDICAMENTO COMO OBJETO DE ESTUDIO DE LA MEDICINA LEGAL Y SU RELEVANCIA HISTÓRICA EN LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO FARMACOLÓGICO

El interés de la Medicina legal por los preparados medicamentosos es relativamente reciente. Tal afirmación no se refiere a la ausencia de estudios de toxicología sobre sustancias medicamentosas en la

antigüedad, que se retrotrae hasta los tiempos del *Papiro de Ebers* (1), sino al interés legal y, en concreto, jurídico penal o pericial de las mismas. Ciertamente, la responsabilidad penal del facultativo por el negligente dispendio de medicamentos tiene un bagaje histórico que puede remontarse hasta Roma, con la *Ley Aquilia*, por la muerte de un esclavo a causa de la receta de un «mal medicamento» (2). Asimismo, la Ley VIII, Tít. XIII, Lib. VIII de la Novísima Recopilación ya recogía algunos preceptos sobre la administración de medicamentos que debían ser aplicados en los Reinos de España.

Sin embargo, dejando al margen antecedentes más lejanos (3), desde las postrimerías del siglo XVIII y la consagración de la Medicina legal como ciencia auxiliar de la Administración de Justicia en el siglo XIX, han existido estudios referidos a sustancias químicas y orgánicas, líquidas, sólidas y gaseosas que se encuentran en la muchos medicamentos, pretéritos y actuales, y su relación con el mundo del Derecho. No obstante, en la mayor parte de los casos, no ha existido una regulación concreta acerca de los medicamentos hasta la época contemporánea. Los esfuerzos de la Medicina legal se centraban en el estudio de los envenenamientos provocados por diversas sustancias; entre ellas, en ocasiones, se encontraban compuestos utilizados como medicamentos en el campo de la Medicina. La diferencia entre veneno y medicamento, sin embargo, no se encontraba completamente clarificada en estos primeros tratados de Medicina legal (4). En otros supuestos, se excluía de la clasificación toxicológica a los medicamentos, aptos para la curación, diferenciándose, de este modo, de los venenos, cuya finalidad era mucho más escabrosa:

*«El veneno es la sustancia, que, puesta en contacto con los principios inmediatos del cuerpo vivo, determina ó es capaz de determinar, en virtud de su propia naturaleza, y bajo ciertas condiciones, fenómenos químicos y fisiológicos, incompatibles con la vida y la salud. El medicamento es toda sustancia asimilable, propia para la nutrición reparadora de los principios proteicos de la sangre y de los tejidos. El medicamento es la sustancia artificial y científicamente*

---

(1) Vid. RODRÍGUEZ BADIOLA, M. I., «Apuntes sobre el Papiro Ebers», en *Boletín de la Asociación Española de Egiptología*, n.º 7, 1997, pp. 43-56.

(2) Vid. DU SAULLE, L., BERRYER, G. y POUCHET, G., *Tratado de Medicina legal de jurisprudencia médica y de Toxicología*, tomo IV. Madrid: El Cosmos Editorial, 1890, pp. 204 y 205.

(3) Vid. GALLENT MARCO, M., «Precedentes medievales de la medicina legal. La Dessospitació en el Reino de Valencia», en *Saitabi*, n.º 50, 2000, pp. 11-28., MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 103 y nota al pie n.º 1.

(4) Vid. LÓPEZ GÓMEZ, L. y GISBERT CALABUIG, J. A., *Tratado de Medicina legal*. Valencia: Saber, 1962, pp. 583 y ss.

*preparada, é indicada por un estado morbozo para restablecer la salud perdida.*

*(...) El veneno es un agente natural ó artificial que, dado á una persona como en las condiciones ordinarias de toda sustancia que se toma como alimento, ó sola, como cosmético, trastorna la salud, ó mata. El medicamento es un agente artificial, que reclama, para serlo, un estado morbozo; una indicación terapéutica, empírica ó científica, y una elaboración farmacológica adecuada. Las condiciones que se dan al veneno en su definición, son diferentes de las que se dan en la del medicamento; y habiendo radicales diferencias entre esas condiciones, las hay entre el veneno y el medicamento. Una sustancia que reúne las condiciones expresadas en la definición del veneno, jamás será ni podrá ser medicamento, y vice-versa» (5).*

En definitiva, la diferencia entre los conceptos veneno, tóxico y medicamento era de corte cualitativo en muchas ocasiones, siendo la dosis concreta utilizada el aspecto cuantitativo diferenciador entre unos y otros.

La misma diferenciación se establecía entre los términos *envenenamiento* e *intoxicación* (6): el primer término era el apropiado para designar a la administración dolosa de un veneno, con clara intención de hacer daño (acción criminal); por otro lado, la intoxicación podía darse de manera fortuita o imprudente, sin que estuviera preordenada al perjuicio de la salud de un tercero (caso fortuito). En todo envenenamiento, se decía, mediaba una intoxicación, pero la distinción entre ambas se basaba en un concepto moral o criminológico.

Finalmente, para establecer con mayor rotundidad la separación entre ambas categorías tantas veces relacionadas, su estudio pertenecía a disciplinas diferentes: los venenos serían referente para la Toxicología (7); los medicamentos serían estudiados por la Farmacología.

La historia del tratamiento médico-legal de los medicamentos es, por tanto, la de su diferenciación respecto a los venenos y el de su toxicidad. Un medicamento se convertiría en tóxico (veneno) cuando se administraba al paciente una dosis más elevada de la recomendada para que surtan los efectos curativos esperados. Así, se afirmaba que *«sabemos mucho tiempo ha que todas las substancias*

(5) Cfr. MATA, P., *Tratado de Medicina y Cirugía legal teórica y práctica y de Toxicología*. 5.<sup>a</sup> ed., tomo IV. Madrid: Carlos Bailly Bailliere, 1875, pp. 159, 160 y 449.

(6) Vid. LÓPEZ GÓMEZ, L. y GISBERT CALABUIG, J. A., *Tratado...*, ob. cit., p. 585.

(7) Vid. LOMBROSO, C., *Medicina legal*. 2.<sup>a</sup> ed., tomo II. Traducción de Dorado Montero. Madrid: La España Moderna, 189?, p. 291.

*activas pueden ser alternativamente medicamentos ó venenos, según la forma y dosis en que se administren» (8).*

De hecho, en los modernos tratados de Medicina legal persisten los mismos problemas de separación entre estos conceptos, llegándose a afirmar que, en realidad, «no existe ningún carácter diferencial absoluto y estricto entre una sustancia alimenticia, un medicamento, un tóxico y un veneno. Una misma sustancia puede ser las cuatro cosas: a menudo es sólo una cuestión de dosis» (9). A propósito, viene la temprana cita de Paracelso, quien ya en la época medieval decía que «la dosis correcta diferencia el veneno del remedio».

Otro de los primeros intereses en el estudio de la regulación de los medicamentos fue el de su adecuada expendición. La deontología de la profesión médica limitaba la capacidad de recetar los medicamentos, quedando plasmada en nuestra legislación histórica tanto penal, como extramuros del sistema de Administración de Justicia.

En España, dos de las normativas más importantes en materia farmacológica fueron la Instrucción sanitaria de 1813, de índole municipal, y el Proyecto de Código sanitario de 1822, de cariz administrativo y que ha sido definido como «la primera obra legislativa de inspiración democrática y progresista (...) cuyo objetivo será dotar al poder administrativo de un instrumento (...) que permitiera afrontar la problemática sanitaria» (10).

El delito farmacológico fue recogido prontamente por nuestra legislación penal: el 16 de agosto de 1821, en la Sesión del Claustro Universitario de Granada, fue aprobado el informe que sobre el Proyecto del Código Penal que habían preparado las Cortes, en el que ya se mostraba el interés jurídico penal por el control de los medicamentos:

«El capítulo 2.º y 3.º del título 4.º propone las presunciones más oportunas para que no se vendan medicamentos perjudiciales a la salud; pero todas ellas no son más eficaces que las leyes vigentes en el día, por las que se prohíbe a los Boticarios despachar cardenillo, y en los almacenes se vende por libras. El recurso único para impedir los males de esta clase sería que ninguna persona, sin estar recibida de Farmacéuticos, despachase estas medicinas, ni simples ni compuestas, y para hacerlo habrá de ser en virtud de receta, firmada pre-

---

(8) Vid. FODERÉ, F. M., *Las leyes ilustradas por las ciencias ó Tratado de Medicina legal y de Higiene pública*, tomo V. Madrid: Imprenta de la Administración del Real Arbitrio de Beneficencia, 1801, p. 103.

(9) Cfr. LÓPEZ GÓMEZ, L. y GISBERT CALABUIG, J. A., *Tratado...*, ob. cit., p. 582.

(10) Cfr. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico*. Madrid: Edersa, 1995, p. 84.

cisamente por médico o cirujano, en la que se declaren la hora, día, mes y año y persona a quien se deba; y en vista de ella el Boticario la copiaría y pondría su rúbrica en vez de la del Facultativo; y la persona que fuese con dicha receta recogería la copia que había hecho y rubricado el Boticario. De este modo se evita: 1.º Que ninguno despache, sino los farmacéuticos. 2.º Que si otro lo hiciese se le aprehenda y convenza de su dañada intención. 3.º Que no se venda un quid pro quo ni medicinas desvirtuadas; pues si el médico reconociese el fraude dará cuenta a las autoridades, y será castigado el que así aventure y exponga la salud de los hombres. Los artistas y veterinarios, dejando recibido, podrán sacar los simples o compuestos que necesiten para su industria» (11).

En los arts. 363 a 365, 366 a 372 y 272 a 375 se castigaban en el Código penal de 1822 los delitos de intrusismo médico, boticario y farmacéutico, así como la venta sin receta de medicamentos por parte de los boticarios, venta de remedio secreto, venta de géneros medicinales adulterados o nocivos a la salud, la expedición antirreglamentaria y la equivocación en el despacho (lo que actualmente se conoce como el error de medicación). Las penas variaban dependiendo del riesgo o daño para la integridad física del cliente. Aún con un objeto material muy heterogéneo, en el que se mezclaban venenos, sustancias tóxicas y medicamentos, la deficiente, pero existente, sistemática de los delitos contra la salud pública del Código penal de 1822 se difumina en los siguientes Proyectos de 1830 y 1834 (12).

En el art. 248 del Código penal de 1848 se tipificaba la conducta de aquellos «*boticarios que despacharen medicamentos deteriorados, ó sustituyesen unos por otros, haciéndolo de una manera nociva á la salud*», siendo castigados con las penas de prisión correccional y multa de 20 a 200 duros. Además de ello, el art. 249 del mismo Código castigaba con las mismas penas el tráfico con esta clase de sustancias medicamentosas y, específicamente a los dependientes de los boticarios. Por otra parte, el art. 472 del Código penal de 1848 (posteriormente, tras la reforma de 1850, arts. 475.6 y 7) se castigaba con una multa de 5 a 15 duros a «*Los farmacéuticos que despacharen medicamentos en virtud de recetas que no se hallen debidamente autorizadas*» y a «*Los farmacéuticos que despacharen medicamentos de mala calidad ó sustituyeren unos por otros*». Sobre este último, el máximo comentarista del Código penal de 1848, el gran Pacheco, diferenciaba

(11) Cfr. SAINZ CANTERO, J. A., «El informe de la Universidad de Granada sobre el proyecto que dio lugar al Código Penal de 1822», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, tomo 20, Fasc/Mes 1-2., 1967, pp. 525 y 526.

(12) Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico...*, ob. cit., pp. 88 y 89.

entre diversas situaciones de gravedad e intencionalidad: «si la sustitución de una por otra medicina se hubiere hecho con ánimo deliberado de causar mal, entonces no tendremos solo una falta, sino un delito verdadero, que podrá llegar hasta á ser un homicidio. Si no se hubiese hecho con esa intención, pero se hubiere verificado el mal, podrá muy bien estarse en el caso de la imprudencia temeraria, y se habrá de imponer el castigo que es consiguiente» (13). Para otros autores, la diferencia entre el delito y la falta grave residía en la existencia de un daño para la salud (14). El art. 474.4 del mismo Código no dejaba reducto alguno, pues castigaba a «los que ejercieren sin título actos de una profesión que lo exija», lo que, en palabras del máximo publicista del texto penal, no hablaba sino del que ejecuta actos, sin fingirse autorizado legalmente para ellos: «Aquel, por ejemplo, se aplicará al que llegare á un pueblo, y llamándose médico comenzare á curar: este otro deberá aplicarse al que, sin tener tales pretensiones, sin haberlas enunciado nunca, firmare recetas, y propinare medicamentos»; y aclaraba: «Por de contado que el presente número no puede penar las simples indicaciones de remedios inofensivos, y aunque sea de medicinas graves, que todos los días estamos todos haciendo, por nuestras tradiciones ó nuestra experiencia. Tales consejos, aun imprudentes, no son materia de la ley penal. Aquí se habla de actos verdaderos de una profesión que requiera título. Tales serian, por ejemplo, el de recetar en forma, el de sangrar, el de elaborar y vender medicamentos heroicos. El buen sentido impide que se dé á este precepto una aplicación más extensa», repitiéndose la prohibición de manera específica en el numeral 9.º del mismo precepto, con el texto «Los que despacharen medicamentos sin autorización competente» (15).

Asimismo, en la Orden Circular de la Junta Suprema de Sanidad, sobre el modo como debe conducirse el facultativo en el ejercicio de su profesión, publicada el 17 de junio de 1846, se explicitaba que «*Profesor alguno de medicina ni de cirugía puede administrar por sí medicamentos, sino prescribirlos con receta escrita en términos y caracteres claros y precisos, en latín ó castellano, de modo que pueda ser despachada por cualquiera farmacéutico. Se expresará en ella el modo de usarla y la fecha para evitar equivocaciones y abusos. Los contraventores á esta disposición quedarán sujetos á las penas esta-*

(13) Cfr. PACHECO, J. F., *El Código penal concordado y comentado*, tomo III. Madrid: Imprenta de D. Santiago Saunaque, 1849, p. 448.

(14) Vid. DE CASTRO Y OROZCO, J. y ORTÍZ DE ZÚÑIGA, M., *Código Penal explicado*. Granada: Manuel Sanz, 1848, p. 165.

(15) Cfr. PACHECO, J. F., *El Código penal...*, ob. cit., pp. 443 y 446.

*blecidas y á la responsabilidad que exijan la vindicta pública ó los interesados, por haberse administrado sustancias desconocidas de una manera misteriosa é imposible de comprobar sus propiedades. (...) Los farmacéuticos no pueden expender, aunque sea en pequeñas dosis, medicamento alguno cuyo abuso pueda ser perjudicial, sino con receta firmada por profesor conocido y con las formalidades prevenidas en el artículo anterior, archivándola luego en su botica para evitar una repetición intempestiva y poder responder con ella en cualquiera evento desgraciado. (...) Se prohíbe el uso, aplicación y venta de lodo remedio secreto, tanto á los facultativos como á los que no lo son, en los términos que prescriben las leyes, bajo las penas que imponen» (16). Posteriormente, estas prohibiciones se reproducirán en normativas como la Ley de Sanidad, publicada el 28 de noviembre de 1855 (fundamentalmente en su Capítulo XIV) (17) en su vertiente administrativa. Especialmente importantes fueron en nuestro país las Ordenanzas de Farmacia de 18 de abril de 1860 que ya clasificaban los distintos géneros medicinales y regulaban la profesión de farmacéutico.*

El delito farmacológico se seguirá tipificando en los subsiguientes Códigos penales, hasta nuestros días: en los arts. 352 y 353 del Código penal de 1870, se incluyeron en el amalgamado título «De la infracción de leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos contra la salud pública» y también recibían un tratamiento penológico diferenciado dependiendo de si habían causado algún resultado dañoso para la salud o no. Como novedad, se incluyó el delito profesional especial cuyo sujeto activo solamente podría ser el farmacéutico. Groizard y Gómez de la Serna fue crítico con su inclusión en la normativa penal, considerando que habría sido más conveniente su ubicación en las normas administrativas de sanidad y farmacia (18). Completaban la regulación la falta del art. 595.1 CP

(16) Vid. DE PEIRO, P. M., y RODRIGO, J., *Adición a los Elementos de Medicina y Cirugía legal, arreglados a la legislación española*. Madrid: Imprenta de la Compañía general de Impresores y Libreros del Reino, 1849, pp. 31 y 33; ORFILA, M., *Tratado de Medicina Legal*, tomo I. Madrid: Imprenta de Don José Diaria Alonso, 1848, p. 59.

(17) Vid. AGUILERA Y SÁNCHEZ, D. y TEMPLADO Y SÁNCHEZ, F., *Lecciones de Medicina legal y Toxicología, tomadas de las explicaciones de D. Teodoro Yañez*. Madrid: Librería de Saturnino Calleja, 1878, p. 37.

(18) Vid. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870 anotado y concordado*, tomo IV, Salamanca: Esteban Hermanos, 1891, p. 43; sin embargo, a reglón seguido advertía: «Lo que sí es propio del sitio donde está es la declaración del §. 2.º del artículo 353: Cuando por efecto de la venta de un medicamento deteriorado, ó por la sustitución de uno por otro, ó por no hacer su despacho con las formalidades prescritas resulte la muerte de una persona, el texto dice, se



de 1870 que castigaba a los farmacéuticos que vendieran medicamentos de mala calidad.

En el Código penal de 1928, el art. 555 recoge tres conductas tipificadas como delitos farmacológicos: el despacho de medicamentos deteriorados o de mala calidad, la sustitución de unos por otros y el despacho antirreglamentario. Se trata de delitos especiales que solamente puede ser cometidos por los facultativos encargados de dispensar las sustancias: farmacéuticos, drogueros y herbolarios (19). Como complemento en la interpretación de los tipos penales, sería necesario recurrir a los Reales Órdenes de 26 de enero de 1898, de 29 de octubre de 1904, de 4 de diciembre de 1920, y de 13 de diciembre de 1922. Además de los precitados delitos, también se hacía alusión en las faltas a los medicamentos: el art. 808 castigaba a los farmacéuticos que expendieran medicamentos de mala calidad que no quedaran cubiertos por el delito del art. 555.

Con la II República se aprueba la Ley de elaboración y venta de especialidades farmacéuticas y también la Ley de Coordinación Sanitaria, de 11 de junio de 1934, lo que constituye una evidencia de la importancia que la salud pública tenía en la nueva forma de gobierno. En el ordenamiento penal se recupera el título singular de los delitos contra la salud pública de 1822. El art. 348 CP 1932 aglutinaba las conductas ya previstas en los Códigos penales anteriores, convirtiéndolas en un delito especial exclusivamente farmacológico por razón del objeto material (medicamentos) y por vía del sujeto activo, que solamente podría ser el farmacéutico. La falta de expenciación de medicamentos de mala calidad persistió en el art. 571, con sus correlativos problemas de *ne bis in idem* respecto al delito principal (20).

El régimen franquista mantuvo la intitulación de «delitos contra la salud pública» en el Código penal de 1944, cuyo complemento administrativo eran el Reglamento de Sanidad Exterior, de 3 de marzo de 1917 y la Ley de Bases de la Sanidad, de 25 de noviembre de 1944. El art. 343 penaba, como delito común no especializado por el sujeto activo, el despacho de medicamentos deteriorados o sustitución de unos por otros y el despacho antirreglamentario. En su párrafo segundo se recogía una agravación específica para la profesión de farmacéutico y sus dependientes. El solapamiento entre el delito y la falta por la

---

impondrá al culpable la pena de prisión correccional en su grado medio y máximo, y la multa de 250 a 2.500 pesetas. La incriminación y la pena merecen nuestro aplauso. El hecho constituye un verdadero delito. La muerte es aquí resultado de la culpa: y su autor debe responder de ella».

(19) Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico...*, ob. cit., p. 104.

(20) Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico...*, ob. cit., p. 113.

expedición de medicamentos de mala calidad continuó en el art. 576. En el art. 348 se recoge la progresión de penalidad por el resultado ocasionado, aumentando considerablemente los castigos (21).

La Ley de 24 de abril de 1958 amplió las precisiones del Código penal sobre el delito farmacológico, introduciéndose el art. 344 bis, luego 344 ter, para castigar las alteraciones en sustancias medicinales, sea al fabricarlas o con posterioridad, que las hagan perder sus cualidades curativas en todo o en parte, incluyendo el tráfico, con tales pseudomedicamentos entre las conductas punibles. La revisión de 1963 realiza modificación en el delito farmacológico, pasando a regularse en los arts. 343 y 343 bis. Las conductas siguen siendo las mismas, pero añadiendo la imitación de medicamentos; asimismo, se agrava la pena para aquellos supuestos de venta de medicamentos deteriorados o sustituidos (22).

El texto refundido de Código penal de 1973 contemplaba los delitos farmacológicos como delitos de peligro abstracto (arts. 343, 343 bis y 343 ter), confeccionados mediante la técnica de las normas penales en blanco, remitiéndose para su interpretación a la normativa administrativa anteriormente citada. La posterior reforma de 1983 añadió el título de imitación o simulación de sustancias medicinales, completando así el cuadro de tipos referidos a sustancias que no son propiamente medicamentos en cuanto carecen de las cualidades que deberían tener como tales. También reformó la falta del art. 576.2 para la expedición de medicamentos caducados o en mal estado o que no cuenten con la debida autorización y registro sanitario (23).

Desde la segunda mitad del siglo xx el interés criminológico por el mundo de los medicamentos y, en general, por la prevención del delito farmacológico, ha aumentado considerablemente en el mundo occidental. Ello se debe fundamentalmente a cuatro importantes hitos:

a) Ruptura de la tradicional unión entre Medicina y Farmacia, así como los avances científicos en el desarrollo de nuevos medicamentos y productos farmacológicos. La investigación química y médica ha avanzado de forma imparable en las últimas décadas: desarrollo de nuevos fármacos para tratar enfermedades que antes se creían incurables, nuevos productos cosméticos y de uso sanitario, etc. Cada vez son más las parcelas y necesidades cubiertas por estos avances

---

(21) Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico...*, ob. cit., p. 121.

(22) Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico...*, ob. cit., 127 y 128; MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 105.

(23) Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico...*, ob. cit., pp. 285 y ss.

que, independientemente del desarrollo económico de la industria, suponen una expansión de la cobertura de las necesidades de la población y, por otra parte, la generación de mayores riesgos.

b) Consolidación del derecho fundamental a la salud pública en las democracias modernas. La salud pública se ha cimentado en muchos Estados de Derecho como un elemento de Justicia social imprescindible, un «modelo de servicio público constitucionalizado» (24), lo que ha propiciado el establecimiento de sistemas de asistencia sanitaria pública financiados por el ente público –como es el caso de nuestro sistema sanitario– dando lugar a la función pública sanitaria y a su regulación dentro del Derecho público (Derecho sanitario y Derecho farmacéutico) (25); aquellos países que asumen el paradigma de la privatización sanitaria, en la mayor parte de los casos consideran la asistencia médica y los productos farmacéuticos como un bien imprescindible de primera necesidad. En ambos casos, la importancia del sector de la sanidad implica la existencia de unas férreas garantías y controles de calidad de los medicamentos.

c) Fuerte desarrollo de la industria farmacéutica (26). El negocio de los medicamentos y los productos de farmacia es rentable. Incluso han llegado a considerarse de terminados fármacos como «productos o medicamentos estrella», que despiertan un especial interés de los consumidores. Esto supone un mayor peligro de actividad criminal, pero también implica como contrapartida la demanda de unos mayores controles –los penales– para tratar de combatir las conductas más graves que pueden afectar a este sector.

d) Ligado al anterior, pero con cierta entidad propia, podemos hablar del fenómeno de la globalización de los medicamentos. La comercialización masiva y el tráfico de medicamentos a escala mundial, incluso rompiendo los límites del mundo físico e internándose en el ámbito *online*, ha dado lugar a una regulación internacional y comunitaria sobre los fármacos, en la que se crean instituciones supranacionales (Agencia Europea del Medicamento) y normativas que obligan a los Estados miembro a establecer mayores controles para una mejor cooperación contra esta clase de ilícitos entre países.

---

(24) Cfr. TOMILLO URBINA, J. y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J., “La interacción entre Derecho y Salud y su proyección en los sistemas sanitarios a través de la formación interdisciplinar”, en TOMILLO URBINA, J. y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (Dirs.), *Derecho y Salud como realidades interactivas*. Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 50.

(25) Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., p. 201.

(26) Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico...*, ob. cit., p. 244

En retrospectiva histórica, puede sintetizarse la regulación legal en dos grandes ramas: la administrativa, tendente a la fiscalización de los productos, garantizar los mínimos de calidad y estructurar un código deontológico para las profesiones encargadas de su expendición (farmacovigilancia, distribución, etc.); y la penal, de más tardía aparición, cuyo principal objetivo será la tutela de la salud pública en los supuestos más graves en los que se ponga en riesgo la salud colectiva. En esta última rama, las principales dimensiones de actuación a las que estaban destinadas las conductas que se han regulado penalmente son las siguientes: 1. Control de medicamentos perjudiciales, caducados o deteriorados; 2. Control de la calidad de los medicamentos y el cumplimiento de las garantías reglamentarias; 3. Control de la autenticidad de los medicamentos y sus propiedades (imitación, sustitución); 4. Control de los intereses profesionales de los facultativos, mediante la criminalización del intrusismo; 5. Control de la salud de los particulares a partir del constructo jurídico «salud pública».

De forma secundaria, dependiendo de la ideología que ha inspirado cada una de nuestras normas penales, la regulación penal de los medicamentos ha podido servir a determinados intereses más difusos, tales como la criminalización del aborto mediante fármacos o de los anticonceptivos durante el régimen franquista (control de la natalidad) (27) o su inclusión entre los delitos relativos a las exhumaciones de cadáveres y contagio de enfermedades (28) (control epidemiológico).

## II. EL CONCEPTO MATERIAL/LEGAL DE MEDICAMENTO Y PRODUCTO SANITARIO

Uno de los primeros puntos que hay que comprender es que la definición legal de medicamento –tanto en términos administrativos, como en su conceptualización penal– no es equivalente a la definición clínica del mismo. De hecho, el concepto legal de medicamento es paradójicamente más amplio que el concepto estrictamente clínico de

---

(27) Vid. TÉBAR RUBIO-MANZANARES, I. J., *La representación del enemigo en el Derecho penal del primer franquismo (1938-1944)*. Tesis doctoral dirigida por el Prof. Dr. Francisco Sevillano Calero. Alicante, Universidad de Alicante, 2015, pp. 181 y 182.

(28) Vid. CÁMARA ARROYO, S., «Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa y los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, vol. LXIX, 2016, pp. 201 y ss.

medicamento. Ello se debe a que el concepto clínico de medicamento se circunscribe a aquellos fármacos que verdaderamente mantienen las propiedades asignadas a esta clase de productos, mientras que la definición legal de medicamento también abarca a aquellos que se presentan –sin serlo– como tales. Así, por ejemplo, la ley ha definido algunos productos dentro del concepto de medicamento a los que, en puridad, no se les pueden atribuir propiedades clínicas o terapéuticas, tales como «medicamento falsificado». De este modo, la definición legal de medicamento abarca a todos aquellos productos que aparentan ser medicamentos; obviamente, tales productos podrán ser sometidos a las sanciones previstas por las normas administrativas o penales, pero lo relevante es que encajan con la definición legal de medicamentos objeto de castigo. No existe una única definición jurídico-penal o criminológica de medicamento, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en la normativa administrativa sobre esta cuestión.

En última instancia, corresponde al Ministerio de Sanidad resolver sobre la atribución de la condición de medicamento a determinadas sustancias o productos. Es obligatorio declarar a la autoridad sanitaria todas las características conocidas de los medicamentos.

Una de las primeras normativas en tratar la cuestión, fueron las Reales Ordenanzas de Farmacia, de 18 de abril de 1860, que diferenciaban entre medicamentos (sustancias simples o compuestas preparadas para su uso medicinal inmediato, susceptibles de ser vendidas y preparadas exclusivamente por farmacéuticos) y drogas (objetos naturales y productos químicos empleados como primeras materias en la preparación de medicamentos, puesto en venta en droguerías). La Ley de Bases de Sanidad Nacional, de 25 de noviembre de 1944 donde, de una forma un tanto tautológica, se entendía por medicamento a «las sustancias simples o compuestas, preparadas y dispuestas para su uso medicinal inmediato, tanto sí proceden del reino mineral, vegetal o animal, como si se trata de agentes biológicos o productos sintéticos, tengan o no el carácter de especialidad farmacéutica, bien sean destinadas a la medicina humana o veterinaria». No muy alejada se encontraba la conceptualización europea de la Directiva 65/65 de la, por aquel entonces, aún Comunidad Económica Europea, que consideraba medicamento a toda sustancia presentada como poseedora de propiedades curativas o preventivas con respecto a las enfermedades humanas o animales.

Posteriormente, este amplio concepto se va definiendo en la jurisprudencia: la STS, de 9 de julio 1982 se refiere «a aquellas sustancias químicas con operatividad para producir determinados efectos curativos en las personas», excluyéndose los productos veterinarios, lo que

confirma la STS de 27 de abril de 1989 al manifestar que el término medicamento «se restringe a las sustancias destinadas a la medicina, y por ende, la expedición de productos zoosanitarios no debe estimarse comprendida en la descripción típica del delito, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden». Sin embargo, la STS de 18 de noviembre 1991 entiende por medicamento «a todo aquel producto que se aplique para la medicina en su sentido más amplio» (29). El art. 8 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento establecía la siguiente definición: «medicamento es toda sustancia medicinal y sus asociaciones y combinaciones destinadas a su utilización en las personas... que se presenta dotada de propiedades para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias o para afectar a funciones corporales o al estado mental»; y por sustancia medicinal se entiende «toda materia cualquiera que sea su origen humano, animal, vegetal, químico o de otro tipo a la que se atribuye una actividad apropiada para constituir un medicamento». Sin embargo, se advertía por parte de la jurisprudencia (30) que esta Ley del Medicamento contenía dos definiciones diferentes de medicamento, pues en el art. 6 de la misma se daba otra conceptualización más concreta: sólo serán medicamentos los legalmente reconocidos como tales y, a continuación, se enumeraban los tipos de posibles ilegales medicamentos como las especialidades farmacéuticas, las fórmulas magistrales, los preparados o fórmulas oficiales, los medicamentos prefabricados. Según apuntaba esta línea jurisprudencial, el legislador ha querido definir al medicamento como tal, en la forma en la que se establece en este artículo 6 y que precisamente las conductas que contempla el artículo 361 del Código Penal versan sobre el objeto material del medicamento concreto entendido como aquellas especialidades farmacéuticas, fórmulas magistrales, oficinales o medicamentos prefabricados que ostenten esa definición legal, quedando la duda por tanto respecto así puede ser aplicable esta figura delictiva a sustancias que no tengan específica consideración de medicamento.

El art. 8.a) de la Ley del Medicamento 29/2006 de 26 de julio, se recogía también la vigente definición de medicamento, mientras que en el párrafo b) del mismo artículo se incluían los medicamentos de uso veterinario (31).

(29) Vid. SAP de Castellón Sección 2.ª 17/2000, de 18 octubre.

(30) Vid. AAP de Madrid Sección 17.ª 739/2003, de 28 julio.

(31) Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., pp. 209 y ss.

Con perspectiva histórica puede decirse que en España la legislación sobre el medicamento se ha caracterizado por su dispersión y carácter cambiante en atención al dinamismo propio del sector farmacéutico (32). El proceso de armonización de la normativa se debe en gran parte a la promulgación de normas de carácter supranacional emanadas por la Unión Europea a modo de Directivas, de obligada transposición al ordenamiento jurídico estatal. Asimismo, la creación de organismos estatales y europeos de control han ayudado al proceso de homogeneización en esta materia, como es el caso de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y su homólogo europeo, la Agencia Europea de Medicamentos, o la Organización de Jefes de Agencias de Medicamentos.

Actualmente, toda la regulación legal española atinente al concepto de medicamento se encuentra aglutinada en el *Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios* (en adelante, RDL 1/2015), en cuyo art. 2 se ofrecen las principales definiciones que servirán a modo de piedra *Rosetta* para la interpretación de otros preceptos jurídico que atañen a los medicamentos. Así, se indica que a los efectos de esta ley se entenderá por:

a) *Medicamento de uso humano*: toda sustancia o combinación de sustancias que se presente como poseedora de propiedades para el tratamiento o prevención de enfermedades en seres humanos o que pueda usarse en seres humanos o administrarse a seres humanos con el fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de establecer un diagnóstico médico.

Siguiendo a Vida Fernández (33) y otros autores (34), esta definición de medicamento atiende a las dos principales variables para la identificación de una sustancia como medicamento: su apariencia, lo

---

(32) Vid. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M. y MERCADAL MENCHAGA, T., «Derecho farmacéutico. Concepto y clases de medicamentos. Marco jurídico del medicamento. Autorización, precio y derecho de la competencia. Protección de la exclusividad de datos», en DELGADO BUENO, S. (Dir.): *Tratado de Medicina legal y Ciencias forenses. Derecho sanitario y Medicina legal del trabajo*, tomo I. Vol. I, Derecho sanitario. Barcelona: Bosch, 2011, p. 722.

(33) Vid. VIDA FERNÁNDEZ, J., *Concepto y régimen jurídico de los medicamentos: Su distinción de otros productos para el cuidado de la salud*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015; FAUS SANTASUSANA, J. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (Coords.): *Tratado de derecho farmacéutico: estudio del régimen jurídico de los medicamentos*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

(34) Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., pp. 286 y ss.

que va más allá de su función curativa (la sustancia presentada como medicamento, legalmente será tratada como medicamento); y a su finalidad curativa o terapéutica, lo que evitará que una sustancia que tenga efectos clínicos sea conceptualizada, por ejemplo, como producto cosmético. Se trata, en palabras de García Albero, de un concepto material, subjetiva e intersubjetivamente orientado (presentación), aunque después tenga una vertiente objetiva (finalidad) (35).

Algunos aspectos importantes de la definición legal de medicamento son:

1. *Sustancia o combinación de sustancias*: toda materia (producto, componente) caracterizada por un conjunto específico y estable de propiedades, en este caso de carácter terapéutico. Al no especificarse, se entiende que hablamos de todo tipo de sustancias orgánicas e inorgánicas, independientemente de su origen animal, vegetal, mineral o químico.

2. *Que se presente como poseedora de propiedades para el tratamiento o prevención de enfermedades en seres humanos o que pueda usarse en seres humanos o administrarse a seres humanos*: se hace alusión a la variable de definición de «apariencia de medicamento» anteriormente expuesta, puesto que basta con que se dé a conocer como supuestamente poseedora de determinadas finalidades y ser susceptible de usarse en un ser humano a través de cualquier medio farmacológico (intravenoso, parenteral, cutáneo o tópico, ingesta, etc.). La finalidad del medicamento, independientemente de que sea meramente aparente o real, es la de tratamiento y prevención de enfermedades. Por tratamiento debe entenderse un plan sistemático (dividido en pasos o etapas) hasta la efectiva curación o contención de la enfermedad (por ejemplo, un antibiótico, un antiinflamatorio o un analgésico); en cuanto a la prevención, siempre supone cierta anticipación para evitar el contagio de la enfermedad o el pleno despliegue de sus síntomas y efectos en el organismo (por ejemplo, una vacuna, un refuerzo vitamínico, etc.). El término enfermedad debe entenderse en un sentido amplio como alteración, más o menos grave, de la salud (quedan incluidas, por ejemplo, tanto las dolencias, como los síntomas de todo tipo, además de las infecciones y procesos víricos).

3. *Fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas*: restaurar supone volver a la situación anterior a la enfermedad,

---

(35) Vid. GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud pública», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 10.<sup>a</sup> ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 1393.



*reparar los estragos producidos por la misma en el organismo o recobrar la salud del paciente*; corregir supone enmendar o, al menos, disminuir o moderar la actividad de la enfermedad o sus síntomas; finalmente, modificar supone cambiar una cosa por otra, transformar o alterar. Todos estos verbos se predicán de la fisiología humana, esto es, en un sentido amplio, todas las funciones de los órganos que componen nuestro ser orgánico. En este sentido, la finalidad del medicamento será tratar de devolver a un estado fisiológico de condición o función normal del cuerpo, ayudándole a superar un estado patológico o de anormalidad fisiológica producido por la dolencia o enfermedad.

4. *Ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de establecer un diagnóstico médico*: un efecto farmacológico supone la interacción entre moléculas de la sustancia medicamentosa y las células receptoras, que da lugar a una respuesta directa o que bloquea la respuesta de otro agente; un efecto inmunológico es una acción en o sobre un cuerpo por estimulación y/o movilización de células y/o productos implicados en una reacción inmune, esto es, de respuesta específica de un organismo a la acción de los antígenos; finalmente, por efecto metabólico debe entenderse la acción que implica una alteración, incluyendo el inicio, la detención o el cambio de velocidad de los procesos químicos que intervienen en el funcionamiento normal de un organismo. En cuanto al diagnóstico médico, tradicionalmente se había excluido del concepto de medicamento a los preparados químicos que sirven exclusivamente a los propósitos de observación, tales como los radioisótopos de contraste o las nanocápsulas. Actualmente, también serán considerados medicamentos las sustancias que permitan la determinación de la naturaleza de una enfermedad mediante la observación de sus síntomas.

Con anterioridad a la normativa precitada, pero aún vigente en nuestro sistema de Derecho farmacéutico, el Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente (36) (en adelante, RD 1345/2007), asume la misma definición de medicamento de uso humano, aportando en su art. 2 otras definiciones que pretenden clarificar conceptos esenciales:

*Presentación*: cada una de las combinaciones en las que el medicamento está dispuesto para su utilización incluyendo composición, forma farmacéutica, dosis, y formato.

*Formato*: número de unidades contenidas en el envase y/o el contenido del mismo.

---

(36) BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2007.

*Nombre del medicamento:* identifica al medicamento y consta de la denominación del medicamento, dosis y forma farmacéutica y cuando proceda, la mención de los destinatarios: lactantes, niños o adultos.

*Denominación común:* la Denominación Oficial Española (DOE) atribuida a cada principio activo por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, en su defecto, la Denominación Común Internacional (DCI) recomendada por la Organización Mundial de la Salud o, en su defecto, la denominación común usual.

*Dosis del medicamento:* el contenido de principio activo, expresado en cantidad por unidad de toma, por unidad de volumen o de peso en función de la presentación.

*Ficha Técnica o resumen de las características del producto:* documento autorizado por la Agencia, donde se reflejan las condiciones de uso autorizadas para el medicamento y recoge la información científica esencial para los profesionales sanitarios.

*Acondicionamiento primario:* el envase o cualquier otra forma de acondicionamiento que se encuentre en contacto directo con el medicamento.

*Embalaje exterior:* el embalaje en que se encuentre el acondicionamiento primario.

*Etiquetado:* las informaciones que constan en el embalaje exterior y en el acondicionamiento primario.

*Prospecto:* la información escrita dirigida al paciente o usuario, que acompaña al medicamento.

Asimismo, el RD 1345/2007 introduce la definición de *Medicamento inmunológico*: todo medicamento consistente en vacunas, toxinas, sueros y alérgenos. Las vacunas, toxinas o sueros, comprenden en particular: 1. Los agentes utilizados para provocar una inmunidad activa como la vacuna anticolérica, el BCG, la vacuna antipoliomiélfítica, la vacuna antivariólica; 2. Los agentes utilizados para diagnosticar el estado de inmunidad, en particular la tuberculina y la tuberculina PPD, las toxinas utilizadas en los test de Schick y de Dick, la bruceлина; 3. Los agentes utilizados para provocar una inmunidad pasiva, como la antitoxina diftérica, la globulina antivariólica, la globulina antilinfocítica; 4. Los productos alérgenos comprendiendo cualquier medicamento destinado a detectar o provocar una alteración adquirida y específica en la respuesta inmunológica a un agente alérgico.

*Vacunas individualizadas:* son las preparadas con agentes inmunizantes, a concentración y dilución específica en base a la correspondiente prescripción facultativa para un paciente determinado.

*Alérgeno*: todo producto destinado a identificar o provocar una modificación específica y adquirida de la respuesta inmunológica a un agente alergizante.

b) *Medicamento veterinario*: toda sustancia o combinación de sustancias que se presente como poseedora de propiedades curativas o preventivas con respecto a las enfermedades animales o que pueda administrarse al animal con el fin de restablecer, corregir o modificar sus funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de establecer un diagnóstico veterinario. También se considerarán medicamentos veterinarios las premezclas para piensos medicamentosos elaboradas para ser incorporadas a un pienso.

Los medicamentos veterinarios tuvieron cierto desarrollo anterior que aún se mantiene vigente. Así, el Real Decreto 1246/2008, de 18 de julio, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y farmacovigilancia de los medicamentos veterinarios fabricados industrialmente (37), clarificaba el concepto de piensos medicamentosos y otras definiciones de utilidad (art. 2.f y ss.): 1. *Premezcla para piensos medicamentosos*: todo medicamento veterinario preparado de antemano con vistas a la fabricación ulterior de piensos medicamentosos; 2. *Piensos medicamentosos*: toda mezcla de premezcla medicamentosa y de piensos preparada previamente a su comercialización como tal pienso medicamentoso y destinada a ser administrada a los animales sin transformación, en razón de las propiedades curativas, preventivas o de otras propiedades del medicamento veterinario; 3. *Medicamento veterinario inmunológico*: un medicamento veterinario administrado a los animales con objeto de inducir una inmunidad activa o pasiva, o de diagnosticar el estado de inmunidad; 4. *Medicamento homeopático veterinario*: el obtenido a partir de sustancias denominadas cepas homeopáticas, con arreglo a un procedimiento de fabricación homeopático descrito en la Farmacopea Europea, o en la Real Farmacopea Española o, en su defecto, en una farmacopea utilizada de forma oficial en un país de la Unión Europea. Un medicamento homeopático veterinario podrá contener varios principios activos.

Respecto a este último tipo de medicamentos, el art. 39 del RD 1246/2008 incluía una clasificación de medicamentos homeopáticos veterinarios: 1. Con indicación terapéutica aprobada mediante procedimiento de autorización y registro seguirá el establecido en la norma, teniendo en cuenta su naturaleza homeopática; 2. Sin indicaciones tera-

---

(37) BOE núm. 193, de 11 de agosto de 2008.

péuticas aprobadas, cuyo procedimiento de autorización y registro será el simplificado especial de medicamentos homeopáticos, creado a tal efecto por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.

*Gases medicinales*: es el gas o mezcla de gases destinado a entrar en contacto directo con el organismo animal y que, actuando principalmente por medios farmacológicos, inmunológicos o metabólicos, se presente dotado de propiedades para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias. Se consideran gases medicinales los utilizados en terapia de inhalación, anestesia, diagnóstico *in vivo* o para conservar y transportar órganos, tejidos y células destinados al trasplante, siempre que estén en contacto con ellos.

Se entenderá por gases medicinales licuados, el oxígeno líquido, nitrógeno líquido y protóxido de nitrógeno líquido, así como cualquier otro que con similares características y utilización pueda fabricarse en el futuro.

Con el auge de las nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) es cada vez más frecuente la compra de medicamentos veterinarios *online*, lo que ha ultimado las precauciones sobre la materia. La promulgación de normativas como la del Real Decreto 544/2016, de 25 de noviembre, por el que se regula la venta a distancia al público de medicamentos veterinarios no sujetos a prescripción veterinaria (38) supone un avance en los controles de venta telemática.

c) *Medicamento genérico*: Todo medicamento que tenga la misma composición cualitativa y cuantitativa en principios activos y la misma forma farmacéutica, y cuya bioequivalencia con el medicamento de referencia haya sido demostrada por estudios adecuados de biodisponibilidad. Las diferentes sales, ésteres, éteres, isómeros, mezclas de isómeros, complejos o derivados de un principio activo se considerarán un mismo principio activo, a menos que tengan propiedades considerablemente diferentes en cuanto a seguridad y/o eficacia. Las diferentes formas farmacéuticas orales de liberación inmediata se considerarán una misma forma farmacéutica. El solicitante podrá estar exento de presentar los estudios de biodisponibilidad si puede demostrar que el medicamento genérico satisface los criterios pertinentes definidos en las correspondientes directrices detalladas.

Esta nueva definición, más completa, viene a sustituir a la anteriormente incluida en el Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condicio-

---

(38) BOE núm. 300, 13 de diciembre de 2016.

nes de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente (39), en cuyo art. 2.35 se identifica al medicamento genérico simplemente como aquel «que tenga la misma composición cualitativa y cuantitativa en principios activos y la misma forma farmacéutica, y cuya bioequivalencia con el medicamento de referencia haya sido demostrada por estudios adecuados de biodisponibilidad».

Concepto diferente, pero muy próximo es el de *medicamentos biosimilares*, regulados en el art. 89.5 RDL 1/2015, que son aquellos equivalentes a los genéricos pero obtenidos por procesos biológicos.

d) *Fórmula magistral*: el medicamento destinado a un paciente individualizado, preparado por un farmacéutico, o bajo su dirección, para cumplimentar expresamente una prescripción facultativa detallada de los principios activos que incluye, según las normas de correcta elaboración y control de calidad establecidas al efecto, dispensado en oficina de farmacia o servicio farmacéutico y con la debida información al usuario.

La misma definición puede encontrarse, junto con la normativa relativa a las garantías de calidad de esta clase de medicamentos, en el Real Decreto 175/2001, de 23 de febrero, por el que se aprueban las normas de correcta elaboración y control de calidad de fórmulas magistrales y preparados oficinales (40), posteriormente modificado por el Real Decreto 905/2003, de 11 de julio, por el que se modifica la disposición transitoria única del Real Decreto 175/2001, de 23 de febrero, por el que se aprueban las normas de correcta elaboración y control de calidad de fórmulas magistrales y preparados oficinales (41).

e) *Preparado oficial*: aquel medicamento elaborado según las normas de correcta elaboración y control de calidad establecidas al efecto y garantizado por un farmacéutico o bajo su dirección, dispensado en oficina de farmacia o servicio farmacéutico, enumerado y descrito por el Formulario Nacional, destinado a su entrega directa a los enfermos a los que abastece dicha farmacia o servicio farmacéutico.

f) *Medicamento en investigación*: forma farmacéutica de un principio activo o placebo que se investiga o se utiliza como referencia en un ensayo clínico, incluidos los productos con autorización cuando se utilicen o combinen, en la formulación o en el envase, de forma diferente a la autorizada, o cuando se utilicen para tratar una indicación no autorizada o para obtener más información sobre un uso autorizado.

---

(39) BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2007.

(40) BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2001.

(41) BOE núm. 166, de 12 de julio de 2003.

Al tratarse de una cuestión problemática, los medicamentos sometidos a prueba mantienen un extra de control administrativo, representado por la regulación incluida en el Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos (42). Así, en su art. 2.1.1) encontramos también una definición de medicamento en investigación, como «el que se está sometiendo a prueba o utilizando como referencia, incluso como placebo, en un ensayo clínico» que, a su vez, se desglosa en: medicamento de terapia avanzada en investigación [art. 2.1.n)]: medicamento en investigación que responde a la definición de medicamento de terapia avanzada del artículo 2, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 1394/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre medicamentos de terapia avanzada y por el que se modifican la Directiva 2001/83/CE y el Reglamento (CE) n.º 726/2004; art. 2.1.ñ): *Medicamento auxiliar*: medicamento utilizado para las necesidades de un ensayo clínico, pero no como medicamento en investigación; art. 2.1.o): *Medicamento en investigación autorizado*: medicamento autorizado de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 726/2004, o bien, en cualquier Estado miembro implicado, de conformidad con la Directiva 2001/83/CE, con independencia de los cambios de etiquetado, que se utiliza como medicamento en investigación; art. 2.1.p): *Medicamento auxiliar autorizado*: medicamento autorizado de conformidad con el Reglamento (CE) n.º 726/2004 o bien, en cualquier Estado miembro implicado, de conformidad con la Directiva 2001/83/CE, con independencia de los cambios de etiquetado, que se utiliza como medicamento auxiliar.

Sin embargo, en aras de acotar aún más el concepto legal de medicamento, el art. 8 de la misma disposición, establece que solamente serán medicamentos legalmente reconocidos: a) Los medicamentos de uso humano y veterinarios elaborados industrialmente o en cuya fabricación intervenga un proceso industrial; b) Las fórmulas magistrales; c) Los preparados oficinales; d) Los medicamentos especiales previstos en esta ley.

Asimismo, tendrán el tratamiento legal de medicamentos, a efectos de la aplicación de esta ley y de su control general, las sustancias o combinaciones de sustancias autorizadas para su empleo en ensayos clínicos o para investigación en animales. Corresponde a la Agencia

---

(42) BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 2015.

Española de Medicamentos y Productos Sanitarios resolver sobre la atribución de la condición de medicamento.

Los medicamentos especiales están previstos en los arts. 45 a 52 del RDL 1/2015:

a) *Vacunas y demás medicamentos biológicos*: las vacunas y los productos biológicos utilizables como medicamentos estarán sujetos al régimen de éstos con las particularidades previstas en esta ley o que se establezcan reglamentariamente según su naturaleza y características de aplicación propia. Queda exceptuada la preparación individualizada de vacunas y alérgenos para un solo paciente, la cual solo podrá efectuarse en las condiciones y establecimientos que reúnan las particularidades que reglamentariamente se establezcan. En el caso de los productos biológicos, cuando sea necesario por interés de la salud pública, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios podrá someter a autorización previa cada lote de fabricación de producto terminado y condicionar la comercialización a su conformidad. También podrá someter a autorización previa los materiales de origen, productos intermedios y graneles y condicionar a su conformidad su empleo en la fabricación.

Los referidos controles se considerarán realizados cuando se acredite documentalmente que han sido efectuados en el país de origen, con idénticas exigencias a las previstas en esta ley y siempre que se hayan mantenido las condiciones originales del producto.

b) *Medicamentos de origen humano*: los derivados de la sangre (hematíes, leucocitos, plaquetas y el plasma), del plasma (parte líquida de la sangre en la que se encuentran suspendidos los elementos celulares) y el resto de sustancias de origen humano (fluidos, glándulas, excreciones, secreciones, tejidos y cualesquiera otras sustancias), así como sus correspondientes derivados, cuando se utilicen con finalidad terapéutica, se considerarán medicamentos y estarán sujetos al régimen previsto en esta ley, con las particularidades que se establezcan reglamentariamente según su naturaleza y características. No se recoge la regulación de los órganos ni tejidos humanos, cuya regulación penal quedaría contenida en el art. 156 bis CP.

Por otra parte, el Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente definía en su art. 2.18 como *medicamento hemoderivado*, todo aquel medicamento «a base de constituyentes sanguíneos preparados industrialmente por establecimientos públicos o privados; dichos medicamentos comprenden, en particular, albúmina, factores de coagulación e inmunoglobulinas de origen humano».

Esta inserción en la normativa no acaba con la polémica acerca de la consideración de la sangre como medicamento a efectos legales que ya había sido previamente discutida por la jurisprudencia. Así, con anterioridad a la actual redacción del RDL 1/2015, nuestros tribunales clarificaron si la sangre, las células sanguíneas, como los hematíes y las plaquetas, y el plasma son o no medicamentos. Lo hicieron –con mayor o menor fortuna técnica– partiendo de la base de un concepto descriptivo y amplio de medicamento (AAP de Madrid Sección 5.<sup>a</sup> 63/2009, de 12 enero (43)). Ciertamente es que la normativa se refiere exclusivamente a los «derivados», esto es, los productos que tienen su base en la sangre, que se obtienen de ella, y no la sangre en sí misma. Así, por ejemplo, el ya citado RD 1345/2007, en su art.3.2.b excluía de su ámbito de aplicación la sangre completa, el plasma y las células sanguíneas de origen humano.

En este sentido, algunos autores han razonado que la sangre humana, en cantidad limitada y con una finalidad curativa, puede ser «conceptualmente» considerada como medicamento (44). Para otros, al introducir el criterio de finalidad terapéutica se despeja cualquier duda sobre su consideración como medicamentos desde una perspectiva normativa (45).

Según nuestra pretérita jurisprudencia, no es precisa la posesión de especiales conocimientos de medicina para saber que tanto la sangre considerada en su integridad, como el plasma, como las plaquetas o los hematíes, deben ser considerados medicamentos en cuanto que son sustancias capaces de aliviar o curar enfermedades o dolencias y de afectar a las funciones corporales. Evidentemente, la sangre y sus componentes no son medicamentos cuando recorren el aparato circulatorio de los seres vivos. Pero una vez extraídos pueden ser usados y, de hecho, lo son, como medicamentos con enorme frecuencia. Por este motivo, la ley encarga a las Administraciones sanitarias la promoción de las donaciones de sangre altruistas por cuanto que el uso de la sangre, el plasma y las células sanguíneas es de uso continuado en determinadas enfermedades y muy frecuente en caso de heridas graves. Según esta interpretación, el carácter de medicamento de la san-

---

(43) Vid. críticos al respecto, GÓMEZ RIVERO, M.C. *et al.*, *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial*. Volumen I. Madrid: Tecnos, 2015, p. 508.

(44) Vid. VALVERDE LÓPEZ, J. L.; RISQUEZ MADRIDEJOS, J. P. y CABEZAS LÓPEZ, M.<sup>a</sup> D., «El concepto jurídico de la sangre y sus derivados desde la perspectiva del derecho comunitario y español», en *Ars Pharmaceutica*, Vol. 40:3, 1999, pp. 131 y ss.

(45) Vid. ROMEO CASABONA, C.M., «Los delitos contra la salud pública: ¿Ofrecen una protección adecuada para los consumidores?», en *Revista de Derecho, Criminología y Ciencias Penales*, n.º 3, 2001, p. 230.



gre (y de sus componentes) vendría reconocido en la ley al sancionar como falta muy grave la importación o exportación de sangre y de sus componentes o derivados sin la previa autorización (46).

Por otra parte, un sector de la doctrina entiende que la sangre está sujeta a un acto de expendición peculiar respecto al medicamento, pero de idéntica significación: actos de entrega y transfusiones realizadas en centros hospitalarios (47).

Como veremos más adelante, este concepto amplio (48), noción social o material de medicamento (49) ha sido considerado por un sector de la jurisprudencia como la evidencia de que nos encontramos ante un elemento descriptivo, interpretado de forma coloquial o extensiva sin necesidad de recurrir a la normativa administrativa. La cuestión es, cuanto menos, discutible: si bien es cierto que en muchas ocasiones el Derecho penal crea sus propios conceptos, en primer lugar, las sentencias precitadas hacen alusión a la interpretación de la normativa administrativa y lo interpretan teniendo en cuenta tal referencia legislativa; en segundo lugar, todas las resoluciones hacen referencia a la anterior normativa.

Algunos autores se oponen a la consideración de la sangre como medicamento, pues consideran que revertiría en una quiebra del principio de legalidad al interpretar este término como análogo en contra del reo, a no ser que hubiera sido sometida a un procedimiento de transformación industrial para llegar a constituir un medicamento derivado de la sangre (50). A mi juicio, estimar el objeto material del

---

(46) Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L. *et al.*, *Código penal concordado y comentado con jurisprudencia*. Madrid: Wolters Kluwer, 2017, p. 2015; al respecto, véase: STS de 18 de noviembre de 1991; AAP de Madrid Sección 5.ª 63/2009, de 12 enero; Juzgado de lo Penal de Madrid, Caso *Operación Puerto*. Sentencia 144/2013, de 29 abril; sobre la polémica del Caso *Puerto*, véase CORTÉS BECHIARELLI, E., «Sobreseimiento libre y principio de legalidad: a propósito de la reapertura del caso de la operación Puerto», en *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 772, 2009, pp. 1-6.

(47) Vid. GÓMEZ RIVERO, M. C. y MONGE FERNÁNDEZ, A. (1997). «Venta y manipulación ilegal de medicamentos», en MARTOS NÚÑEZ, J.A. (Coord.). *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1997, p. 93.

(48) Vid. ROMEO CASABONA, C. M., «Los delitos contra la salud pública...», ob. cit., p. 230; CARMONA SALGADO, C., «Delitos contra la salud pública (I). Delitos relativos a la ingestión o uso de sustancias dañinas para la salud», en COBO DEL ROSAL, M. (coord.). *Derecho penal español: parte especial*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 752.

(49) Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 1063, si bien el autor indica que actualmente debe seguirse un concepto legal del término conforme a la normativa administrativa.

(50) Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., p. 343.

delito farmacológico como un elemento descriptivo, cuya interpretación autentica sea tan amplia y, además, excluyente respecto a criterios normativos se conjuga mal con la técnica de leyes penales en blanco utilizadas para el resto de los elementos del tipo penal. Considero, por tanto, más correcta la interpretación del término medicamento como un elemento normativo del tipo, excluyendo la sangre en sí misma –no sus derivados para la confección de medicamentos, que sí encajan con lo dispuesto en la normativa administrativa– del concepto legal de medicamento y, por tanto, como objeto material del delito farmacológico.

c) *Medicamentos de terapia avanzada*: producto obtenido mediante un conjunto de procesos de fabricación destinados a transferir, *in vivo* o *ex vivo*, un gen profiláctico, de diagnóstico o terapéutico, tal como un fragmento de ácido nucleico, a células humanas/animales y su posterior expresión *in vivo*. La transferencia genética supone un sistema de expresión contenido en un sistema de distribución conocido como vector, que puede ser de origen viral o no viral. El vector puede incluirse asimismo en una célula humana o animal.

Inserción en nuestro ordenamiento jurídico de la normativa comunitaria incluida en el Reglamento (CE) n.º 1394/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre medicamentos de terapia avanzada y por el que se modifican la Directiva 2001/83/CE y el Reglamento (CE) n.º 726/2004, que define como «medicamento de terapia avanzada» a los medicamentos de terapia génica, los medicamentos de terapia celular somática, los productos de ingeniería tisular y los medicamentos combinados de terapia avanzada.

La temática ha sido desarrollada por el Real Decreto 477/2014, de 13 de junio, por el que se regula la autorización de medicamentos de terapia avanzada de fabricación no industrial (51), en cuya Exposición de Motivos ya se advertía que, hasta llegar a la actual normativa europea y española, la regulación de estos productos ha sido cambiante, la consideración de algunos de ellos como medicamentos se ha modificado a lo largo del tiempo y la cláusula de exclusión para medicamentos de fabricación no industrial se ha definido también de modo distinto. Algunos de estos productos, que en su día no se consideraron medicamentos, se encuentran en situación de uso en la práctica en algunas instituciones hospitalarias. Entre ellos se encuentran el trasplante autólogo de condrocitos, el implante de queratinocitos para tratamiento de quemados o el tratamiento de lesiones corneales con

---

(51) BOE núm. 144, de 14 de junio de 2014.

células troncales limbocorneales. La normativa europea y el RD 477/2014 vienen a consolidar las definiciones de terapia génica y terapia celular somática, ampliando también los conceptos relativos a los medicamentos de terapia avanzada.

Así, la terapia génica y la terapia celular somática, quedan definidas de acuerdo con la Directiva 2001/83/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, tras la actualización realizada por la Directiva 2009/120/CE de la Comisión de 14 de septiembre de 2009, a su vez la ingeniería de tejidos y los medicamentos combinados de terapias avanzadas quedan definidos en esa misma Directiva 2001/83/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, tras la modificación efectuada en su redacción por el Reglamento (CE) n.º 1394/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007.

Hasta llegar a la actual normativa europea y española, la regulación de estos productos ha sido cambiante, la consideración de algunos de ellos como medicamentos se ha modificado a lo largo del tiempo y la cláusula de exclusión para medicamentos de fabricación no industrial se ha definido también de modo distinto. Con la actual normativa europea y española se ha producido, en este ámbito, la consolidación de las definiciones y procedimientos de las recientes regulaciones y esta situación de estabilidad actual permite una aproximación regulatoria que defina las normas para la autorización de estos productos.

Algunos de estos productos, que en su día no se consideraron medicamentos, se encuentran en situación de uso en la práctica en algunas instituciones hospitalarias, y deberán, de acuerdo con las nuevas regulaciones antes mencionadas, obtener una autorización por parte de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria única de este real decreto. Entre ellos se encuentran el trasplante autólogo de condrocitos, el implante de queratinocitos para tratamiento de quemados o el tratamiento de lesiones corneales con células troncales limbocorneales.

Medicamentos de terapia avanzada serán cualquiera de los siguientes medicamentos para uso humano:

1. *Medicamento de terapia génica*, mediante un sistema autólogo o alogénico humano, o mediante sistema xenogénico: producto obtenido mediante un conjunto de procesos de fabricación destinados a transferir, bien *in vivo* bien *ex vivo*, un gen profiláctico, de diagnóstico o terapéutico (es decir, un trozo de ácido nucleico) a células humanas/animales y su posterior expresión «*in vivo*». La transfe-

cia genética supone un sistema de expresión contenido en un sistema de distribución conocido como vector, que puede ser de origen viral o no viral. El vector puede incluirse asimismo en una célula humana o animal.

2. *Medicamento de terapia celular somática de origen humano y xenogénicos*: la utilización en seres humanos de células somáticas vivas, tanto autólogas, procedentes del propio paciente, como alogénicas, procedentes de otro ser humano, o xenogénicas, procedentes de animales, cuyas características biológicas han sido alteradas sustancialmente como resultado de su manipulación para obtener un efecto terapéutico, diagnóstico o preventivo por medios metabólicos, farmacológicos e inmunológicos. Dicha manipulación incluye la expansión o activación de poblaciones celulares autólogas *ex vivo*, tal como la inmunoterapia adoptiva, y la utilización de células alogénicas y xenogénicas asociadas con productos sanitarios empleados *ex vivo* o *in vivo*, tales como microcápsulas, matrices y andamiajes intrínsecos, biodegradables o no biodegradables.

3. *Producto de ingeniería tisular*: el que contiene o está formado por células o tejidos manipulados por ingeniería, y del que se alega que tiene propiedades, se emplea o se administra a las personas para regenerar, restaurar o reemplazar un tejido humano. Un producto de ingeniería tisular podrá contener células o tejidos de origen humano, animal, o ambos. Las células o tejidos podrán ser viables o no. Podrá también contener otras sustancias, como productos celulares, biomoléculas, biomateriales, sustancias químicas, soportes o matrices. Quedarán excluidos de la presente definición los productos que contienen o están formados exclusivamente por células y/o tejidos humanos o animales no viables, que no contengan células o tejidos viables y que no ejerzan principalmente una acción farmacológica, inmunológica o metabólica.

4. *Medicamento combinado de terapia avanzada* es el que cumple las siguientes condiciones: tiene que incorporar, como parte integrante del mismo, uno o más productos sanitarios o uno o más productos sanitarios implantables activos; su parte celular o tisular tiene que contener células o tejidos viables, o su parte celular o tisular que contenga células o tejidos no viables tiene que poder ejercer en el organismo humano una acción que pueda considerarse fundamental respecto de la de los productos sanitarios mencionados.

5. *Medicamentos de terapia avanzada de uso consolidado*: aquellos medicamentos de terapia avanzada para los que se demuestre que se han estado utilizando de un modo regular en una institución hospitalaria concreta antes de la entrada en vigor de este real decreto.

Este uso no se refiere a su utilización en un ensayo clínico o en un uso compasivo.

d) *Radiofármaco*: cualquier producto que, cuando esté preparado para su uso con finalidad terapéutica o diagnóstica, contenga uno o más radionucleidos (isótopos radiactivos). *Generador*: cualquier sistema que incorpore un radionucleido (radionucleido padre) que en su desintegración origine otro radionucleido (radionucleido hijo) que se utilizará como parte integrante de un radiofármaco. *Equipo reactivo*: cualquier preparado industrial que deba combinarse con el radionucleido para obtener el radiofármaco final. *Precursor*: todo radionucleido producido industrialmente para el marcado radiactivo de otras sustancias antes de su administración.

Las mismas definiciones podía encontrarse con anterioridad en el RD 1345/2007 que, en su art.2.26 añadía la definición de «Preparación extemporánea de un radiofármaco»: es la preparación en el momento de su uso de un radiofármaco listo para su uso a partir del marcaje radioisotópico de un equipo o de muestras autólogas del propio paciente (células, proteínas), con un radionucleido precursor o un radionucleido producido por un generador de radionucleido. Esta preparación sólo podrá realizarse bajo petición mediante prescripción médica y si se cumplen las normas de correcta preparación extemporánea de radiofármacos que se publicarán posteriormente.

e) *Medicamentos con sustancias psicoactivas con potencial adictivo*: en cuanto a la consideración como medicamentos a efectos legales de sustancias que contienen determinados principios psicoactivos, comúnmente conocidos y utilizados como drogas, el RDL 1/2015 contempla su posibilidad de conceptualización como medicamentos especiales. Aunque no ofrece una explicación detallada, se entiende que la sustancia en la que se incluye el principio psicoactivo –por ejemplo, un opiáceo– debe cumplir con las dos condiciones definitivas básicas: apariencia de medicamento y finalidad terapéutica. Asimismo, se delimitan normativamente las precauciones y controles: las sustancias psicoactivas incluidas en las listas anexas a la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y al Convenio de 1971 sobre Sustancias Psicotrópicas, así como los medicamentos que las contengan, se regirán por esta ley y por su normativa específica. Se someterán dichas sustancias a restricciones derivadas de las obligaciones adquiridas ante la Organización de Naciones Unidas en la lucha contra el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

Esta cuestión es importante a la hora de escindir y delimitar los delitos farmacológicos de otras tipologías delictivas como las incluidas en el art. 359 CP, relativo a sustancias nocivas para la salud o

productos químicos que puedan causar estragos, o las reguladas dentro de los delitos de tráfico de drogas. Al respecto, la jurisprudencia anterior a la publicación del RDL 1/2015 daba una respuesta basada en los dos parámetros fundamentales de definición legal del medicamento –apariencia y finalidad– para diferenciar si una sustancia psicotrópica encajaba con uno u otro tipo penal. Así, por ejemplo, la SAP de Navarra (Sección 2.<sup>a</sup>) 93/2005 de 14 abril concluía que no cabe considerar la ketamina como un medicamento, al menos en sí misma, sin perjuicio de que su principio activo sea utilizado, debidamente elaborado –se comercializa con el nombre de Ketolar– como agente anestésico en usos hospitalarios y en veterinaria. Se establecía una clara diferencia entre la sustancia psicoactiva como principio activo de un medicamento, como sustancia nociva para la salud o, finalmente, como sustancia estupefaciente de recreo (droga): cuando, como principio activo interviene en una especialidad farmacéutica, su uso requiere la previa prescripción médica, quedando dicho uso reservado al hospitalario, no despachándose en farmacias a los particulares.

Indicaba la resolución precitada que fuera de ese uso farmacéutico, la ketamina es un principio activo (clorhidrato de ketamina) con potentes propiedades alucinógenas, que incluyen distorsión visual y pérdida de percepción del tiempo, de la sensibilidad y la identidad. La euforia puede durar entre media hora a 2 horas. Se señala que el uso de esta sustancia puede resultar en profundos problemas físicos y mentales, delirio, amnesia, deterioro de la función motora y problemas respiratorios potencialmente mortales.

Pues bien, la ketamina fuera del uso hospitalario y correspondiente prescripción médica, constituye una sustancia que, por sus propiedades alucinógenas, es susceptible de abuso y de un uso no terapéutico –se suele esnifar o fumar, así como usarse en conjunto con otras drogas (éxtasis, heroína, cocaína), y sus efectos ya hemos visto que son objetivamente contraproducentes y peligrosos– incluso potencialmente mortales cuando se toma sin control médico como droga de abuso. Por lo tanto, cabe calificarse como una sustancia nociva para la salud. Ciertamente, como podría serlo una especialidad farmacéutica cuando se toma contraproducentemente, bien por su abuso bien por ser contraindicada por sus efectos secundarios.

No admite la resolución citada, por consiguiente, que la ketamina sea un medicamento, sin perjuicio de que su principio activo pueda intervenir, debidamente elaborado, en una especialidad farmacéutica, lo mismo que ocurre con otros principios activos, por ejemplo, la codeína, derivado de la morfina y del opio, utilizado en la elaboración

de medicamentos, sin que ello signifique que el opio o un derivado del mismo, la heroína, sean considerados medicamentos en nuestra sociedad. En consecuencia, la sustancia cabe calificarla de sustancia nociva para la salud, cuando se elabore, despache, suministre o comercie al margen de su uso terapéutico y, además, pueda causar estragos, por lo tanto, queda comprendida dentro del tipo penal del art. 359 CP. Otra posibilidad, cuando su lleve a cabo su elaboración o tráfico, o de otro modo se promuevan, favorezcan o faciliten estas sustancias con una orientación al consumo ilegal como droga, estupefaciente o sustancia psicotrópicas de recreo, o se posean con aquellos fines, es que las conductas encajen dentro de los tipos penales de tráfico de drogas (arts. 368 CP y ss.).

Desde una perspectiva médico-legal, se suele considerar estupefaciente a aquellas sustancias que disminuyen la actividad del sistema nervioso; fármaco a cualquier producto que pueda ser absorbido por un organismo, expandirse dentro de él y producirle cambios (sean o no favorables). Las «drogas de abuso» tendrían como características diferenciadoras la creación de un hábito de consumo y una sintomatología psíquica o dependencia. No obstante, también existen «medicamentos de abuso» y la denominada «farmacodependencia», por lo que la diferenciación no siempre es exacta (52).

f) *Medicamentos homeopáticos*: de uso humano o veterinario, el obtenido a partir de sustancias denominadas cepas homeopáticas con arreglo a un procedimiento de fabricación homeopático descrito en la Farmacopea Europea o en la Real Farmacopea Española o, en su defecto, en una farmacopea utilizada de forma oficial en un Estado miembro de la Unión Europea. Un medicamento homeopático podrá contener varios principios activos.

Su inclusión dentro del concepto legal de medicamento es, cuanto menos, polémica. Los controles administrativos de calidad y seguridad, así como de aprobación e identificación se recrudecen. En concreto, indica la normativa, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios podrá autorizar la comercialización y distribución de las preparaciones homeopáticas que contengan algún componente de los denominados «nosodes», siempre que el titular del producto acredite, de manera suficiente, que la relación beneficio-riesgo de tales preparaciones resulta favorable. A tal efecto, se entenderán por «nosodes» aquellos productos patológicos de origen humano o animal, así como los agentes patógenos o sus productos

---

(52) Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., pp. 311-316.

metabólicos y los productos de descomposición de órganos de origen humano o animal.

Al margen de la polémica sobre el método utilizado y la eficacia terapéutica de los productos homeopáticos, no debe extrañar su inclusión en el concepto legal de medicamento especial, puesto que tal conceptualización sirve para ubicarlos dentro de los posibles efectos sancionatorios –administrativos o penales– en caso de que sean utilizados de forma inadecuada o delictiva.

El RD 1345/2007, se pronunciaba sobre esta clase de medicamentos, incluyendo una clasificación en su art. 55: 1. Con indicación terapéutica aprobada, cuyo procedimiento de autorización y registro, seguirá el establecido en el capítulo II, teniendo en cuenta su naturaleza homeopática; 2. Sin indicaciones terapéuticas aprobadas, cuyo procedimiento de autorización y registro, será el simplificado especial de medicamentos homeopáticos, creado a tal efecto por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos para ese procedimiento. En caso contrario, deberán seguir el procedimiento establecido en el Capítulo II, teniendo en cuenta su naturaleza homeopática.

En cuanto a los criterios que han de cumplir los medicamentos homeopáticos para registrarse por el procedimiento simplificado especial, el art. 56 del RD 1345/2007 disponía: 1. Que su vía de administración sea oral o externa; 2. Ausencia de indicación terapéutica particular en la etiqueta o en cualquier información relativa al medicamento; 3. Que su grado de dilución garantice la inocuidad del medicamento, en particular, el preparado no deberá contener más de una parte por 10.000 de tintura madre ni más de una centésima parte de la dosis más baja que eventualmente se emplee en medicina alopática de aquellos principios activos cuya presencia en un medicamento alopático implique la obligatoriedad de presentar receta médica.

Actualmente, por Resolución de 21 de diciembre de 2018, de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, por la que se actualiza el anexo I de la Resolución de 29 de octubre de 2018, se establece la relación de medicamentos homeopáticos para los que se ha comunicado la intención de adecuación al Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, se fija el calendario para presentar la solicitud de autorización de comercialización, y se ordena la retirada del mercado de determinados medicamentos homeopáticos (53).

g) *Medicamentos de plantas medicinales*: las plantas y sus mezclas, así como los preparados obtenidos de plantas en forma de extrac-

---

(53) BOE núm. 7, de 8 de enero.



tos, liofilizados, destilados, tinturas, cocimientos o cualquier otra preparación galénica que se presente con utilidad terapéutica, diagnóstica o preventiva seguirán el régimen de las fórmulas magistrales, preparados oficinales o medicamentos industriales, según proceda y con las especificidades que reglamentariamente se establezcan. El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad establecerá una lista de plantas cuya venta al público estará restringida o prohibida por razón de su toxicidad. Podrán venderse libremente al público las plantas, tradicionalmente consideradas como medicinales y que se ofrezcan sin referencia a propiedades terapéuticas, diagnósticas o preventivas, quedando prohibida su venta ambulante.

En el RD 1345/2007, se realiza un desglose de esta clase de medicamentos, que pueden clasificarse en (art. 2.27, 28, 29 y 30): 1. *Medicamentos a base de plantas*: el medicamento que contenga exclusivamente como principios activos, sustancias vegetales, preparados vegetales o combinaciones de estos. Un medicamento tradicional a base de plantas podrá contener vitaminas o minerales cuya seguridad esté bien documentada. En estos casos, la acción de las vitaminas y minerales ha de ser secundaria con respecto a las sustancias activas vegetales en lo referente a las indicaciones específicas autorizadas. 2. *Medicamento tradicional a base de plantas*: el medicamento a base de plantas que cumpla las siguientes condiciones (art. 51): i. Que los medicamentos tengan indicaciones apropiadas exclusivamente para medicamentos tradicionales a base de plantas, que por su composición y finalidad, estén destinados y concebidos para su utilización sin el control de un médico a efectos de diagnóstico, prescripción o seguimiento de un tratamiento; ii. Que se administren siempre de acuerdo con una dosis o posología determinada; iii. Que se trate de preparados para uso por vía oral, externo o por inhalación; iv. Que haya transcurrido el periodo de uso tradicional, consistente en un periodo mínimo de treinta años, de los cuales al menos quince, se haya utilizado en la Unión Europea; v. Que la información sobre uso tradicional sea suficiente y en particular que el producto demuestre no ser nocivo en las condiciones de uso establecidas y la acción farmacológica o la eficacia del medicamento a base de plantas, se pueda deducir de la experiencia en la utilización tradicional. 3. *Sustancias vegetales*: las plantas, principalmente enteras, fragmentadas o cortadas, las partes de plantas, algas, hongos y líquenes no tratados, normalmente en forma seca pero también frescos. Determinados exudados que no han sido sometidos a un tratamiento específico se consideran también sustancias vegetales. Las sustancias vegetales se definen precisamente por la parte de la planta utilizada y la denominación botá-

nica de acuerdo con el sistema binomial que incluye género, especie, variedad y autor. 4. *Preparados vegetales*: los que se obtienen sometiendo las sustancias vegetales a tratamientos como extracción, destilación, prensado, fraccionamiento, purificación, concentración o fermentación. Se incluyen las sustancias vegetales trituradas o pulverizadas, las tinturas, los extractos, los aceites esenciales, los zumos exprimidos y los exudados tratados.

h) *Gases medicinales*: se consideran medicamentos y están sujetos al régimen previsto en el RDL 1/2015, con las particularidades que reglamentariamente se establezcan. La definición de gases medicinales queda plasmada en el art. 2.32 del RD 1345/2007, de 11 de octubre: «Es el gas o mezcla de gases destinado a entrar en contacto directo con el organismo humano y que, actuando principalmente por medios farmacológicos, inmunológicos o metabólicos, se presente dotado de propiedades para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias. Se consideran gases medicinales los utilizados en terapia de inhalación, anestesia, diagnóstico «*in vivo*» o para conservar y transportar órganos, tejidos y células destinados al trasplante, siempre que estén en contacto con ellos. Se entenderá por gases medicinales licuados, el oxígeno líquido, nitrógeno líquido y protóxido de nitrógeno líquido, así como cualquier otro que con similares características y utilización, puedan fabricarse en el futuro».

Otras definiciones que también quedarían englobadas en el concepto legal de medicamento, pero cuya definición atiende a sus condiciones de distribución más que a sus características específicas de apariencia o finalidad, serían:

a) *Medicamentos huérfanos y sin interés comercial*: mencionados en el art. 3.3 RDL 1/2015, su regulación ha sido tratada en las normas supranacionales europeas como el Reglamento (CE) 141/2000 del Parlamento europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1999, sobre medicamentos huérfanos (54), posteriormente modificado por el Reglamento (CE) 596/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009 (55). En estas normativas se define al medicamento huérfano atendiendo a si su promotor puede demostrar que dicho producto: se destina al diagnóstico, prevención o tratamiento de una afección que ponga en peligro la vida o conlleve una incapacidad crónica y que no afecte a más de cinco personas por cada diez mil en la Comunidad en el momento de presentar la solicitud; o se destina al diagnóstico, prevención o tratamiento, en la Comunidad, de una afección

(54) DO L 18, de 22 de enero de 2000, pp. 1 y ss.

(55) DO L 188 14, de 18 de julio de 2009.

ción que ponga en peligro la vida o conlleve grave incapacidad, o de una afección grave y crónica, y que resulte improbable que, sin incentivos, la comercialización de dicho medicamento en la Comunidad genere suficientes beneficios para justificar la inversión necesaria; y que no existe ningún método satisfactorio autorizado en la Comunidad, de diagnóstico, prevención o tratamiento de dicha afección, o que, de existir, el medicamento aportará un beneficio considerable a quienes padecen dicha afección. Se trata, en definitiva, de fármacos para enfermedades especialmente infrecuentes, cuyas ventas no cubrirían el coste de producción, de manera que no tienen laboratorio que apadrine su desarrollo.

Actualmente, no existe un concepto universal que defina a partir de qué criterios puede considerarse una enfermedad como «rara» o infrecuente, pudiendo cada país establecer su propia normativa al respecto. La UE, por ejemplo, considera como prevalencia baja de menos de 5 pacientes por cada 10.000 habitantes (56).

Por otra parte, como concepto muy similar se entiende por medicamentos sin interés comercial aquéllos de los que existe ausencia o insuficiencia de suministro en el mercado nacional, siendo necesarios para el tratamiento de determinadas enfermedades o patologías.

Como especialidad, ambas categorías requerirán de un especial régimen de distribución e incentivos (económicos y fiscales) por parte del gobierno para evitar el desabastecimiento.

b) *Medicamentos en uso compasivo*: medicamentos experimentales utilizados bajo una autorización especial en casos extremos de riesgo vital para el paciente. Su definición se encuentra regulada en el art. 2.1 del Real Decreto 1015/2009, de 19 de junio, por el que se regula la disponibilidad de medicamentos en situaciones especiales. A efectos legales se entenderá por uso compasivo de medicamentos en investigación la utilización de un medicamento antes de su autorización en España en pacientes que padecen una enfermedad crónica o gravemente debilitante o que se considera pone en peligro su vida y que no pueden ser tratados satisfactoriamente con un medicamento autorizado. El medicamento de que se trate deberá estar sujeto a una solicitud de autorización de comercialización, o bien deberá estar siendo sometido a ensayos clínicos.

Por otra parte, también se incluyen las definiciones de uso de medicamentos en condiciones diferentes de las autorizadas (el uso de

---

(56) Vid. MERINO GÓMEZ, G., «Hacia la normalización jurídica de las enfermedades raras y de los medicamentos huérfanos», en TOMILLO URBINA, J. y CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. (Dirs.), *Derecho y Salud como realidades interactivas*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 326.

medicamentos en condiciones distintas de las incluidas en la ficha técnica autorizada) y acceso a medicamentos no autorizados en España (utilización de medicamentos autorizados en otros países, pero no autorizados en España, cuando no cumplan con la definición de uso compasivo de medicamentos en investigación).

c) *Medicamentos publicitarios*: conforme a lo dispuesto en el art. 25 del RD 1345/2007, podrán ser objeto de publicidad destinada al público los medicamentos que cumplan todos los requisitos que se relacionan a continuación: 1. Que no se financien con fondos públicos; 2. Que por su composición y objetivo estén destinados y concebidos para su utilización sin la intervención de un médico que realice el diagnóstico la prescripción o el seguimiento del tratamiento; 3. Que no contengan en su composición sustancias psicotrópicas ni estupefacientes.

El cumplimiento de estos requisitos se verificará con carácter previo por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios mediante el otorgamiento de la preceptiva autorización.

Junto con estas definiciones se ofrecen en el mismo artículo otros conceptos limítrofes con el concepto legal de medicamento o que ayudan a entender algunas de sus propiedades y componentes:

La mayor parte de estas definiciones ya se encontraban con el mismo tenor literal en el RD 1345/2007, si bien se adoptan las definiciones de principio activo y excipiente conforme al Real Decreto 686/2013, de 16 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente (57) que modificó en su artículo único estas dos definiciones.

a) *Principio activo o sustancia activa*: toda sustancia o mezcla de sustancias destinadas a la fabricación de un medicamento y que, al ser utilizadas en su producción, se convierten en un componente activo de dicho medicamento destinado a ejercer una acción farmacológica, inmunológica o metabólica con el fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas, o de establecer un diagnóstico.

b) *Excipiente*: todo componente de un medicamento distinto del principio activo y del material de acondicionamiento.

c) *Materia prima*: toda sustancia –activa o inactiva– empleada en la fabricación de un medicamento, ya permanezca inalterada, se modifique o desaparezca en el transcurso del proceso.

---

(57) BOE núm. 223, de 17 de septiembre de 2013.

d) *Forma galénica o forma farmacéutica*: la disposición a que se adaptan los principios activos y excipientes para constituir un medicamento. Se define por la combinación de la forma en la que el producto farmacéutico es presentado por el fabricante y la forma en la que es administrado.

e) *Producto intermedio*: el destinado a una posterior transformación industrial por un fabricante autorizado.

f) *Producto sanitario*: Cualquier instrumento, dispositivo, equipo, programa informático, material u otro artículo, utilizado solo o en combinación, incluidos los programas informáticos destinados por su fabricante a finalidades específicas de diagnóstico y/o terapia y que intervengan en su buen funcionamiento, destinado por el fabricante a ser utilizado en seres humanos con fines de: diagnóstico, prevención, control, tratamiento o alivio de una enfermedad; diagnóstico, control, tratamiento, alivio o compensación de una lesión o de una deficiencia; investigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso fisiológico; regulación de la concepción, y que no ejerza la acción principal que se desee obtener en el interior o en la superficie del cuerpo humano por medios farmacológicos, inmunológicos ni metabólicos, pero a cuya función puedan contribuir tales medios.

La definición de productos sanitarios es verdaderamente amplia, abarcando desde un preservativo, una válvula para el corazón, aparatología para diagnóstico o los denominados sistemas (de cateterismo, de jeringuillas, transfusión, anestesia, etc.) (58).

Con objeto de clasificar los límites y conceptos que engloban los productos sanitarios, el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios (59) incluye en su art. 2 las siguientes definiciones: 1. *Accesorio*: un artículo que, sin ser un producto sanitario, es destinado específicamente por el fabricante a ser utilizado de forma conjunta con un producto para que este último pueda utilizarse de conformidad con la finalidad prevista para el producto por su fabricante; 2. *Producto sanitario para diagnóstico in vitro*: cualquier producto sanitario que consista en un reactivo, producto reactivo, calibrador, material de control, estuche de instrumental y materiales, instrumento, aparato, equipo o sistema, utilizado solo

---

(58) Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*. 22.<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 596; GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...», 2015, ob. cit., p. 1395, quien habla también de aparatos para corregir deficiencias como gafas, audífonos, etc., equipos de diagnóstico, productos implantables activos (marcapasos) o no activos (válvulas cardíacas), relativos al diagnóstico o programas informáticos utilizados en asistencia sanitaria.

(59) BOE núm. 268, de 6 de noviembre de 2009.

o en asociación con otros, destinado por el fabricante a ser utilizado *in vitro* para el estudio de muestras procedentes del cuerpo humano, incluidas las donaciones de sangre y tejidos, sólo o principalmente con el fin de proporcionar información relativa a un estado fisiológico o patológico, o relativa a una anomalía congénita, o para determinar la seguridad y compatibilidad con receptores potenciales, o para supervisar medidas terapéuticas. Los recipientes para muestras se considerarán productos sanitarios para diagnóstico *in vitro*. Por recipientes para muestras se entienden los productos, tanto si en ellos se ha hecho el vacío como si no, destinados específicamente por el fabricante a la contención directa y a la conservación de muestras procedentes del cuerpo humano para un examen diagnóstico *in vitro*. No se considerarán productos sanitarios para diagnóstico «*in vitro*» los artículos de uso general en laboratorio, salvo cuando, por sus características, estén destinados específicamente por el fabricante a usarse en exámenes diagnósticos *in vitro*.

Con anterioridad a esta regulación, el Real Decreto 1662/2000, de 29 de septiembre, sobre productos sanitarios para diagnóstico *in vitro* (60), contemplaba idéntico concepto e incluía en su art. 3 las siguientes definiciones: 1. *Producto para autodiagnóstico*: cualquier producto destinado por el fabricante para poder ser utilizado por profanos a domicilio. 2. *Producto para evaluación del funcionamiento*: cualquier producto destinado por el fabricante a ser objeto de uno o más estudios de evaluación de su funcionamiento en laboratorios de análisis médicos o en otros lugares adecuados fuera de sus propias instalaciones. Los instrumentos, dispositivos, equipos, materiales u otros artículos, incluidos los programas informáticos, destinados a ser utilizados con fines de investigación sin perseguir objetivos sanitarios no se considerarán productos destinados a la evaluación del funcionamiento. 3. *Producto nuevo*. Se considerará que un producto es nuevo si: Durante los tres años anteriores no ha habido de modo permanente en el mercado comunitario ningún producto de este tipo para el *análisis* de que se trate u otro parámetro; o el procedimiento implica una tecnología analítica que, durante los tres años anteriores, no se haya utilizado de modo permanente en el mercado comunitario en relación con un *análisis* determinado u otro parámetro dado. 4. *Producto a medida*: un producto sanitario fabricado específicamente según la prescripción escrita de un facultativo especialista, en la que éste haga constar bajo su responsabilidad las características específicas de diseño, y que se destine únicamente a un paciente determinado. Los

---

(60) BOE núm. 235, de 30 de septiembre de 2000.

productos fabricados según métodos de fabricación continua o en serie que necesiten una adaptación para satisfacer necesidades específicas del médico o de otro usuario profesional no se considerarán productos a medida. 5. *Producto destinado a investigaciones clínicas*: cualquier producto destinado a ser puesto a disposición de un facultativo especialista para llevar a cabo investigaciones, efectuadas en un entorno clínico humano adecuado.

Asimismo, el Real Decreto 1616/2009, de 26 de octubre, por el que se regulan los productos sanitarios implantables activos (61) contiene el resto de acepciones de esta clase de productos sanitarios (art. 2): 1. *Producto sanitario activo*: cualquier producto sanitario que dependa de la electricidad o de cualquier otra fuente de energía distinta de la generada directamente por el cuerpo humano o por la gravedad, para funcionar adecuadamente. 2. *Producto sanitario implantable activo*: cualquier producto sanitario activo destinado a ser introducido total o parcialmente, mediante intervención quirúrgica o médica, en el cuerpo humano, o mediante intervención médica, en un orificio natural, y destinado a permanecer después de dicha intervención.

g) *Producto de cuidado personal*: sustancias o mezclas que, sin tener la consideración legal de medicamentos, productos sanitarios, cosméticos o biocidas, están destinados a ser aplicados sobre la piel, dientes o mucosas del cuerpo humano con finalidad de higiene o de estética, o para neutralizar o eliminar ectoparásitos.

h) *Producto cosmético*: toda sustancia o mezcla destinada a ser puesta en contacto con las partes superficiales del cuerpo humano (epidermis, sistema piloso y capilar, uñas, labios y órganos genitales externos) o con los dientes y las mucosas bucales, con el fin exclusivo o principal de limpiarlos, perfumarlos, modificar su aspecto, protegerlos, mantenerlos en buen estado o corregir los olores corporales.

Los denominados remedios secretos están prohibidos por la normativa administrativa. Serán considerados secretos aquellos productos respecto de los que se desconozca su composición y características. Es obligatorio declarar a la autoridad sanitaria todas las características y propiedades conocidas de los medicamentos. En caso de duda, cuando un producto pueda responder a la definición de medicamento se le aplicará esta ley, incluso si a dicho producto se le pudiera aplicar la definición contemplada en otra norma.

Las competencias en materia de legislación de productos farmacéuticos son exclusivas del Estado (art. 149.1.16 CE), mientras que determinadas áreas de regulación secundarias sobre Sanidad e

---

(61) BOE núm. 268, de 6 de noviembre de 2009.

Higiene, tales como la prescripción de medicamentos, la farmacovigilancia, etc., pueden estar derivados a las CC.AA. (art. 148.1.21 CP). A partir de esta norma principal, la legislación sobre medicamentos es ingente (62), toda vez que su producción, uso y suministro ha sido sometido a un profundo proceso de fiscalización.

Sobre el concepto de medicamento, algunos autores han realizado interesantes advertencias útiles para su manejo desde la perspectiva legal y criminológica (63):

1. *Posibilidad de interpretación amplia del concepto de medicamento ex lege para cumplir con la función garantista de la Ley:* la propia normativa administrativa parece favorecer una interpretación amplia del concepto de medicamento, de modo que en aquellas sustancias en las que exista duda sobre su encaje en la definición legal deberán considerarse como medicamento, incluso si a dicho producto se le pudiera aplicar la definición contemplada en otra norma (art. 8 RDL 1/2015). Históricamente, se ha producido paulatinamente una ampliación del concepto legal de medicamento para dar respuesta a las nuevas realidades y avances de la farmacología. Esta cláusula permitiría ampliar las garantías ofrecidas por la norma para proteger la salud de los consumidores. Si bien esta consideración despliega plenos efectos en la protección administrativa y se extiende a cuestiones tan importantes como los ensayos clínicos con sustancias aún no consideradas como medicamentos a efectos legales, deben ultimarse las precauciones de su utilización en la esfera penal frente a los delitos farmacológicos, donde entendemos que debe primar un concepto estricto y normativo del concepto de medicamento frente a otras posturas, como se verá más adelante, más aperturistas.

2. *Carácter dual del concepto:* como ya se ha advertido anteriormente, el concepto legal de medicamento pivota sobre dos importantes cuestiones, como son su prestación y su función. La principal consecuencia de este doble criterio es que puede considerarse como medicamento a aquella sustancia que cumpla al menos una de las dos,

---

(62) Debido a la imposibilidad de tratar toda la normativa en este trabajo, se remite al lector a la página oficial de la Agencia Española del Medicamento, en la que se puede consultar toda la legislación administrativa sobre la materia: <https://www.aemps.gob.es/la-aemps/legislacion/>. A lo largo del texto se hará mención expresa de los aspectos más relevantes de esta legislación en materia criminológica y penal, que es lo que aquí nos interesa. Sobre la normativa autonómica en materia de medicamentos, véase MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., pp. 279 y ss.

(63) Vid. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M. y MERCADAL MENCHAGA, T., «Derecho farmacéutico...», ob. cit., pp. 716 y ss.



sin que sea necesaria su conjunción. Nuevamente, priman las razones de garantía y protección para los consumidores.

3. *Concepto material-formal de medicamento*: como expone certeramente García Albero, la normativa administrativa incluye otro componente dual pues, por una parte, introduce un concepto material de medicamento (el que se presenta como tal y tiene una finalidad terapéutica) para, posteriormente, referirse a un concepto formal o legal del mismo. Además de ello, ambos conceptos pueden adjetivarse con diversas acepciones: medicamento legal e ilegal, autorizado o no autorizado, genuino, auténtico o falsificado, etc (64).

4. *Numerus clausus de la categoría de medicamentos*: frente a la interpretación amplia del concepto legal de medicamento, la normativa clasifica los fármacos en atención a su origen (medicamentos elaborados industrialmente, medicamentos elaborados en las oficinas de farmacia, plantas medicinales, etc.) y a sus componentes. En este caso, el principal fundamento es el de la seguridad jurídica y la sistematización normativa, de modo que a cada categoría puede corresponderle un tratamiento legal en materia de calidad, farmacovigilancia, etc., diferente. Asimismo, puede diferenciarse entre medicamentos ordinarios y medicamentos especiales (vacunas, medicamentos biológicos, de origen humano, etc.), cuyas especificaciones legales son relevantes en materia de prevención, tratamiento y autorización.

5. *La diferenciación de los medicamentos tiene unas consecuencias jurídicas, ya que no pueden comercializarse hasta su autorización por la Administración en aplicación del Principio de Intervención y Protección de la Salud Pública, y la introducción en el mercado de medicamentos no autorizados supone un ilícito penal.*

6. *Dificultades a la hora de distinguir entre las diferentes categorías y entre lo que debe considerarse o no medicamento*: el reverso negativo de la ampliación del concepto legal de medicamento y su sistematización es la existencia de un complejo marco normativo que, en no pocas ocasiones, hace complicada la diferenciación entre tipologías. La problemática legal de este problema ha sido tratada en algunas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (SSTJCE, de 20 de septiembre de 2007; y también de 15 de enero de 2009), en aspectos relacionados a sustancias de la denominada medicina alternativa, los productos cosméticos con propiedades terapéuticas o en el caso de algunos complejos vitamínicos.

---

(64) Vid. GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...», 2015, ob. cit., p. 1393.

7. *Existen medicamentos dentro de la categoría general que siguen estando en una situación transitoria o dudosa, como es el caso de las plantas medicinales o los medicamentos homeopáticos.*

### III. RESPONSABILIDAD JURÍDICA DE LAS COMPAÑÍAS Y LABORATORIOS FARMACÉUTICOS EN MATERIA DE MEDICAMENTO

Como ya se ha tenido oportunidad de anotar, uno de los factores que ha determinado la inclusión del delito farmacológico en nuestro Código penal es el colosal desarrollo de la industria farmacéutica en las últimas décadas.

La mercadotecnia del medicamento ha propiciado la proliferación de un elenco muy heterogéneo de actores mercantiles que se encuentran directamente relacionados con la fabricación, distribución, almacenaje y expendición de medicamentos. Más adelante trataremos sucintamente la cuestión de la responsabilidad penal de las empresas y laboratorios farmacéuticos, pero ahora interesa conocer las obligaciones y atribuciones legales que sustentan esa responsabilidad en los laboratorios farmacéuticos, los almacenes mayoristas de distribución y los intermediarios.

Ciertamente, en la actualidad el delito farmacológico, así como otros ilícitos penales, pueden ser cometidos por los principales directivos de los laboratorios farmacéuticos, en el seno de complejos entramados corporativos con extensos organigramas que dibujan cadenas de mando interminables que dificultan la posibilidad de depurar responsabilidades (65).

Una de las primeras cuestiones a tener en cuenta a la hora de exigir responsabilidades jurídicas a las empresas y laboratorios farmacéuticos es el margen de riesgo permitido en la fabricación de medicamentos. Sobre todo desde la esfera del Derecho penal se viene exigiendo, para imputar objetivamente un hecho delictivo de resultado, que los comportamientos originen un riesgo que vaya más allá de lo permitido legalmente. En el caso de los medicamentos, como se ha visto en el anterior epígrafe, se establecen una serie de controles y garantías de calidad para evitar precisamente un exceso de riesgo innecesario mediante el testeo de los productos farmacéuticos, por lo que «cuando según el estado de la ciencia se ponga de manifiesto la peligrosidad

---

(65) *Vid.* MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., p. 357.

del producto, a la empresa le correspondería un deber de retirada del producto en el mercado (66). No obstante, en ocasiones, las propias características del medicamento implicarán una ponderación entre los efectos terapéuticos positivos del mismo y el propio riesgo que implica su consumo, siempre que la información sobre los mismos esté a disposición del usuario.

Uno de los principales problemas relacionados con la comercialización de los medicamentos a escala global que preocupan a la Criminología y al Derecho penal es la corrupción en el sector farmacéutico y sanitario (67). Informa, al respecto, Mendoza Calderón que, según los datos de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y la Organización Mundial de la Salud (68), una gran cantidad de recursos públicos, que deberían destinarse al acceso de los medicamentos para la población, se destinan en realidad a la lucha contra el fraude y las prácticas corruptas de las empresas y laboratorios farmacéuticos (69).

Siguiendo a la autora precitada quien, a su vez se apoya en los informes oficiales de la Organización Mundial de la Salud, la corrupción en esta clase de supuestos cubriría un amplio elenco de conductas: el soborno de funcionarios públicos; la falsificación de los datos sobre la inocuidad del producto medicamentoso; robo en la cadena de distribución, etc.

Esta clase de conductas producirían una serie de efectos perversos en el sector sanitario y farmacéutico, tales como: pérdida de capacidad del ente público para dar acceso a la población de determinados medicamentos; pérdida de calidad de los fármacos, entrando en el mercado medicamentos que podrían no ser inocuos; disminución de la credibilidad de las instituciones públicas y sanitarias; falta de objetividad, transparencia y de imparcialidad en la investigación farmacéutica

---

(66) *Vid.* MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., p. 443.

(67) Al respecto, *Vid.* MENDOZA CALDERÓN, S., «La corrupción en el sector farmacéutico: análisis de su incidencia en el ámbito europeo y su trascendencia en el derecho penal español», en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 27, versión online; y también, de la misma autora: «Algunas consideraciones sobre la criminalización en España de las formas de corrupción en el sector sanitario y farmacéutico», en MATA-LLÍN EVANGELIO, A. (Dir.). *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

(68) Se estima que entre el 10% y el 25% de los gastos en concepto de adquisiciones públicas en el sector de la salud se pierde en la corrupción; *Vid.* OMS: *Medicamentos esenciales. Informe anual 2006*, p. 4.

(69) *Vid.* MENDOZA CALDERÓN, S., «Algunas consideraciones sobre la criminalización en España...», ob. cit., p. 226.

y en la realización de ensayos clínicos debido a la injerencia de intereses particulares de las grandes empresas.

Las principales prácticas de corrupción en el sector farmacéutico se encuentran recogidas en el Informe de la Comisión Europea sobre corrupción en el sector sanitario en la Unión Europea, publicado en octubre de 2013 (70):

a) *Influencias*: comportamientos dirigidos a influir en una determinada decisión mediante el ofrecimiento de beneficios, con el objetivo de estimular indirectamente la preferencia de comprar o utilizar un producto farmacéutico. Esta clase de conductas afectarían directamente a la función de prescripción de los facultativos sanitarios, en detrimento del interés del paciente.

b) *Tratos preferenciales*: pago de tarifas extras ilegales por prestación de servicios médicos o farmacológicos. Se afectaría, de este modo, al principio de igualdad en el acceso al sistema de salud pública y a la buena calidad de la atención farmacológica. Asimismo, se fomentarían otros comportamientos ilegales, tales como el contrabando de determinados productos farmacéuticos.

c) *Corrupción en las adquisiciones*: aumento de ventas de fármacos o equipos médicos, mediante sobornos a los funcionarios públicos. Afectarían fundamentalmente a la transparencia de la inversión pública en materia de medicamentos o productos sanitarios y, por tanto, a la adecuada administración de los fondos públicos en el sector sanitario.

d) *Relaciones de marketing inadecuadas*: pago de costosos encuentros para patrocinar tratamientos de determinados productos no autorizados en el país de los sanitarios. El consumidor final sería el principal afectado, puesto que esta clase de campañas podría significar la entrada de medicamentos no inocuos o con unas propiedades reales que distan mucho de ser las promocionadas.

En el ámbito farmacéutico pueden darse tanto supuestos de corrupción pública como casos de corrupción privada. Acerca del concepto de corrupción, Garzón Valdés, la define como la violación de una obligación por parte de un decisor con el objeto de obtener un beneficio personal extraposicional de la persona que lo soborna o a quien extorsiona, a cambio del otorgamiento de beneficios para el sobornante o el extorsionado, que superan los costos del soborno o del pago o servicio

---

(70) Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., «Algunas consideraciones sobre la criminalización en España....», ob. cit., pp. 230 y ss.

extorsionado (71). Esta definición encaja con las conductas de soborno de funcionarios públicos, generalmente facultativos del sistema de sanidad pública, para que promocionen, receten preferentemente determinados fármacos e, incluso, desprestigien otros favoreciendo determinados medicamentos. En el mismo sentido, Villoría Mendieta, expone algunas de las acepciones del término «corrupción», entre las que destaca la definición desde la perspectiva jurídica: «corrupción pública se trata de acciones u omisiones vinculadas con el abuso de cargo público y con el incumplimiento de normas jurídicas por parte de las personas con responsabilidades públicas» (72). Delitos como la extorsión o, de forma más sutil, el tráfico de influencias o el cohecho (73), encajan perfectamente con esta clase de comportamientos delictivos que pueden darse en el ámbito de la industria farmacéutica.

La corrupción pública puede ser sistémica y provenir de los propios cargos electos que tienen entre sus responsabilidades la orientación de la política sanitaria. Así, la corrupción en el ámbito político sanitario «se pone habitualmente en relación con los procesos de diseño y toma de decisiones estratégicas y se centra en las figuras delictivas de prevaricación y malversación, sin olvidar las actuaciones pasivas o permisivas», mientras que «en el ámbito de la dirección y gestión adquieren un mayor protagonismo las de apropiación indebida y robo. En este campo las conductas dolosas por omisión ceden el protagonismo a otras más activas y dirigidas a la captación de bienes y al enriquecimiento ilícito inmediato de quienes las practican» (74).

No obstante, a pesar de que normalmente nos referimos a la corrupción pública como claramente expone Núñez García-Sauco, «la corrupción proviene de un conjunto de factores de índole económica, institucional, política, social e histórica» (75). También podemos hablar, por tanto, de corrupción privada, cuando esta clase de comportamientos delictivos concurren entre sujetos que no ostentan ningún

---

(71) Vid. GARZÓN VALDÉS, E., «El concepto de corrupción», en Zapatero, V. (Comp.): *La Corrupción*. México: Ediciones Coyoacán, 2007, p. 18.

(72) Cfr. VILLORIA MENDIETA, M., *La corrupción política*. Madrid: Síntesis, 2006, pp. 26 y ss.

(73) Como, por ejemplo, el supuesto tratado en la STS 2052/2001, de 7 de noviembre; y también SAP Madrid, 30 de junio de 1999; STS 361/1998, de 16 de marzo.

(74) Cfr. MARTÍN ZURRO, A., «Corrupción sanitaria», en *Folia Humanística, Revista de Salud, ciencias sociales y humanidades*, n.º 7, octubre-noviembre, 2017, p. 56.

(75) Cfr. NÚÑEZ GARCÍA-SAUCO, A., «La Convención de Naciones Unidas contra la corrupción», en RODRÍGUEZ GARCÍA, N., y FABIÁN CAPARRÓS, E.A. (Coord.): *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004, p. 13.

cargo dentro del ente público (empresarios). Estrechamente relacionado con el campo de la corrupción privada se encuentran las denominadas prácticas mercantiles o publicitarias ilícitas, tales como la publicidad engañosa sobre las propiedades de determinados medicamentos.

Según algunos autores, «la industria farmacéutica es el «gran corruptor» en el ámbito sanitario (76). Según datos de la patronal española Farmaindustria, los principales laboratorios pagaron alrededor de 230 millones de euros en 2015 a médicos y organizaciones sanitarias entre patrocinios, honorarios, colaboraciones, viajes y manutención». La corrupción de la industria farmacéutica puede conformar un entramado complejo y corporativos, en diferentes niveles, que van desde los fabricantes de los medicamentos, las empresas encargadas de la distribución y venta de fármacos, desde las empresas mayoristas a las oficinas de farmacia, hasta la implicación de médicos y empresarios de centros sociosanitarios.

Finalmente, aunque tal vez fuera del contenido de este epígrafe, es obligado mencionar la realización de prácticas de corrupción a nivel individual, siquiera como parte del proceso de imputación de la responsabilidad de las personas jurídica: aceptación o petición de sobornos por prescribir determinados medicamentos o instalar prótesis, así como a conductas consistentes en dirigir pacientes a determinados vendedores de materiales ortopédicos u oficinas de farmacia. También entran dentro de esta clase de conductas de corrupción los fraudes a los enfermos asignándoles diagnósticos y realizándoles maniobras terapéuticas o prescribiéndoles medicamentos innecesarios o incluso perjudiciales con el objetivo de obtener un beneficio económico (77).

Por laboratorio farmacéutico se entienden (art. 63 RDL 1/2015) «las personas físicas o jurídicas que se dediquen a la fabricación de medicamentos o a cualquiera de los procesos que ésta pueda comprender, incluso los de fraccionamiento, acondicionamiento y presentación para la venta». Deberán estar autorizados previamente por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios. Esta autorización será asimismo necesaria para la importación y comercialización de medicamentos e incluso para el supuesto de que el medicamento se fabrique exclusivamente para su exportación. La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios hará pública la

---

(76) Cfr. MARTÍN ZURRO, A., «Corrupción sanitaria...», ob. cit., pp. 57 y 58.

(77) Vid. MARTÍN ZURRO, A., «Corrupción sanitaria...», ob. cit., pp. 58 y 60.

autorización así como sus modificaciones y la extinción de la misma (78).

Siguiendo a Diego Saiz, Ruíz Capellán y Dal-Re Saavedra, debe indicarse que la evaluación de la seguridad del medicamento es un proceso continuo, que se inicia en la fase preclínica con los estudios de toxicología y modelos experimentales y concluye con la retirada del medicamento del mercado (79). Por ello, desde una perspectiva legal, las compañías farmacéuticas tienen obligaciones en materia de seguridad de las que se dirimen responsabilidades jurídicas en diferentes fases: fase de precomercialización y fase de postcomercialización. Mientras que en la primera de las fases la responsabilidad recaerá fundamentalmente en el fabricante, con supervisión por parte de la empresa autorizada para la comercialización; en la segunda, la responsabilidad se focalizará en la compañía autorizada y, eventualmente, en los distribuidores del medicamento y encargados de su almacenamiento, con la consabida supervisión.

La primera obligación de los laboratorios, compartida por las autoridades y profesionales sanitarios, así como distribuidores es el deber de información: colaborar diligentemente en los programas de control de calidad y comunicar las anomalías de las que tuvieran conocimiento (art. 11.7 RDL 1/2015).

La segunda de las obligaciones de las que pueden derivarse responsabilidades para el laboratorio y las entidades de distribución que con él colaboren, independientemente de las que se atribuyan individualmente, es la de conocimiento de la seguridad del producto (deber de adecuada conservación). De este modo, están obligados a comunicar a las autoridades sanitarias las anomalías de las que tuvieran noticia (art. 28.4 RDL 1/2015).

---

(78) Para la autorización de un laboratorio farmacéutico será imprescindible: 1. Detallar los medicamentos y las formas farmacéuticas que pretenda fabricar, así como el lugar, establecimiento o laboratorio de fabricación y control; 2. Disponer de locales, equipo técnico y de control, adecuados y suficientes, para una correcta fabricación, control y conservación que responda a las exigencias legales; 3. Disponer de un director técnico responsable, de un responsable de fabricación y de un responsable de control de calidad. En laboratorios pequeños el director puede asumir el control de calidad.

(79) Vid. DIEGO SAIZ, P., RUÍZ CAPELLÁN, R. y DAL-RE SAAVEDRA, R., «Responsabilidad de las compañías farmacéuticas en materia de seguridad e información y publicidad de los medicamentos», en DELGADO BUENO, S. (Dir.). *Tratado de Medicina legal y Ciencias forenses. Derecho sanitario y Medicina legal del trabajo*, tomo I. Vol. I, *Derecho sanitario*. Barcelona: Bosch, 2011, pp. 735 y ss.

Los laboratorios también tienen responsabilidades en materia de farmacovigilancia (80), debiendo nombrar a una persona cualificada, de manera permanente y continua, que sirva de interlocutor ante las autoridades sanitarias y asegure que se llevan a cabo todas las funciones y obligaciones que la ley establece en la materia. Asimismo, deberán llevar un registro de sospechas de reacciones adversas procedentes de publicaciones científicas o cualesquiera otras fuentes, como los visitantes médicos, así como asegurar la formación a todo su personal en materia de farmacovigilancia.

Los laboratorios también deberán poner en marcha los estudios de posautorización adecuados para confirmar, cuantificar y caracterizar riesgos potenciales de los medicamentos que comercializa, así como enviar los informes periódicos a la Agencia Española de Medicamento y Productos Sanitarios.

---

(80) *Vid.* La farmacovigilancia puede convertirse, en mi opinión, en una de las principales estrategias de prevención de las conductas antirreglamentarias y delictivas relativas al campo de los medicamentos y, en concreto, de las sustancias farmacológicas que engrosan el concepto de dopaje (al margen de que su definición sea más amplia). Desde una perspectiva criminológica, la farmacovigilancia puede ser conceptualizada como la principal estrategia de prevención primaria y secundaria del delito farmacológico y de dopaje, así como de los precursores de éste y factores de riesgo asociados. Mientras que en un estadio preclínico se habla de seguridad en la vigilancia de los medicamentos y sustancias en fase de experimentación, el término farmacovigilancia hace referencia la vigilancia de la seguridad una vez autorizado y comercializado. Según la normativa comunitaria, la farmacovigilancia se define como un sistema utilizado por los titulares de autorizaciones de comercialización de medicamentos y por los Estados dirigido a controlar la seguridad de los medicamentos autorizados y descubrir cualquier modificación de su relación beneficio-riesgo. Por sistema de gestión de riesgos entendemos al conjunto de actividades e intervenciones de farmacovigilancia dirigidas a determinar, caracterizar, prevenir o reducir al mínimo los riesgos relativos a un medicamento, incluida la evaluación de la efectividad de dichas actividades e intervenciones. Conforme al actual art. 53 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE núm. 177, de 25 de julio de 2015), la farmacovigilancia es la actividad de salud pública que tiene por objetivo la identificación, cuantificación, evaluación y prevención de los riesgos del uso de los medicamentos una vez comercializados, permitiendo así el seguimiento de los posibles efectos adversos de los medicamentos. Sobre la farmacovigilancia como estrategia de prevención, véase CÁMARA ARROYO, S., «Medicina legal y medicamento: cuestiones penales y criminológicas», en SERRANO MAÍLLO, A. y SÁNCHEZ SÁNCHEZ, J. A. (Eds.). *Una introducción criminológica a la Medicina legal y forense*. Madrid: Dykinson, 2020; DIEGO SAIZ, P., RUIZ CAPELLÁN, R. y DAL-RE SAAVEDRA, R., «Responsabilidad de las compañías farmacéuticas...», ob. cit., pp. 736 y 745; RODRÍGUEZ, J. M., AGUIRRE, C., GARCÍA, M., y PALOP, R., «Farmacovigilancia», en GAMUNDI PLANAS, M.C. (Coord.). *Farmacia Hospitalaria*. 3.ª ed. Madrid: SEFH, 2002, pp. 575-598.



Según dispone el art. 64 RDL 1/2015, para garantizar la correcta fabricación de medicamentos y utilización de materias primas, sin perjuicio de las demás obligaciones que vengan impuestas por disposición legal o reglamentaria, el laboratorio farmacéutico deberá cumplir las siguientes obligaciones: a) Estar registrado por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios; b) Suministrar los medicamentos de acuerdo con la legislación vigente; c) Disponer de personal suficiente y con la cualificación técnica necesaria para garantizar la calidad de los medicamentos y la ejecución de los controles procedentes con arreglo a lo dispuesto en la ley; d) Tener abastecido el mercado con los productos registrados, de modo adecuado y continuado para posibilitar el cumplimiento de las exigencias de funcionamiento, pudiendo suspenderse tal abastecimiento sólo en casos excepcionales debidamente justificados tras disponer de la correspondiente autorización de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios; e) Permitir, en todo momento, el acceso a sus locales y archivos a las autoridades competentes para realizar inspecciones; f) Facilitar el cumplimiento de sus funciones al director técnico y cuidar de que disponga de los medios necesarios para ello; g) Responder de las obligaciones que les sean exigibles durante el tiempo de su actividad, incluso en caso de suspensión de la misma, y durante los cinco años posteriores a su clausura; h) Garantizar que el transporte de los medicamentos hasta destino sea a entidades de distribución o servicios u oficinas de farmacia, se realiza cumpliendo tanto las obligaciones impuestas en la autorización de los mismos como las normas de correcta distribución de los medicamentos; i) Ajustar a lo establecido por la normativa de las comunidades autónomas las actividades de promoción, publicidad y patrocinio realizadas por los laboratorios; j) Comunicar al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad las unidades de medicamentos vendidas para ser dispensadas en el territorio nacional, incluyendo los números de lote independientemente del destino final; k) Comunicar la suspensión o cese de sus actividades.

Los fabricantes y los distribuidores de principios activos utilizados como materias primas deberán cumplir las normas de correcta fabricación de principios activos (completa o parcial e importación de un principio activo, así como los diversos procesos de división, acondicionamiento y presentación previos a su incorporación en un medicamento, incluidos el reacondicionamiento y reetiquetado) y las buenas prácticas de distribución de principios activos, publicadas por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Asimismo, los laboratorios farmacéuticos deberán cumplir las normas de correcta

fabricación publicadas por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, conforme a las directrices detalladas sobre prácticas de correcta fabricación de medicamentos establecidas en el marco comunitario: únicamente podrá utilizar como materias primas principios activos fabricados de conformidad con las normas de correcta fabricación de principios activos y distribuidos de conformidad con las buenas prácticas de distribución de principios activos.

Para este fin, el laboratorio farmacéutico verificará el cumplimiento por parte del fabricante y de los distribuidores de principios activos de las normas correctas de fabricación y de las buenas prácticas de distribución, mediante la realización de auditorías en las instalaciones de fabricación y distribución de los fabricantes y distribuidores de los mismos. El laboratorio farmacéutico podrá establecer mecanismos de verificación y auditoría por sí mismo o, sin perjuicio de su responsabilidad, a través de una entidad que actúe por cuenta de él en virtud de un contrato.

El laboratorio farmacéutico garantizará que los excipientes son aptos para su utilización en un medicamento mediante la determinación de las prácticas de fabricación apropiadas, con una evaluación formal de riesgos. También realizará los controles de calidad que procedan sobre las materias primas, los productos intermedios de fabricación y el producto terminado de acuerdo con los métodos y técnicas generalmente aceptados. Cada laboratorio farmacéutico contará con una unidad de control y garantía de calidad de los productos, procesos y procedimientos con la autoridad y responsabilidad de aceptar o rechazar materias primas, intermedios y productos finales. Los procesos y procedimientos de fabricación deberán estar validados.

En caso de incumplimiento de estas medidas de farmacovigilancia y estándares de calidad, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios podrá suspender o revocar la autorización del laboratorio, para una categoría determinada de productos o para todos ellos. Conforme al art. 69 del RDL 1/2015, las entidades de distribución y, en su caso, los laboratorios farmacéuticos que distribuyan directamente sus productos estarán obligados: a) A disponer de locales y equipos dotados de medios personales, materiales y técnicos para garantizar la correcta conservación y distribución de los medicamentos, con plena garantía para la salud pública; b) A garantizar la observancia de las condiciones generales o particulares de conservación de los medicamentos y especialmente el mantenimiento de la cadena de frío en toda la red de distribución mediante procedimientos normalizados; c) A mantener unas existencias mínimas de medicamentos que garanticen la adecuada continuidad del abastecimiento; d)

A asegurar plazos de entrega, frecuencia mínima de repartos, asesoramiento técnico farmacéutico permanente y medios de apoyo a oficinas y servicios de farmacia; e) A cumplir servicios de guardia y prevención de catástrofes; f) A disponer de un plan de emergencia que garantice la aplicación efectiva de cualquier retirada del mercado ordenada por las autoridades sanitarias competentes; g) A tener implantado un sistema de alertas que cubra todas las farmacias del territorio de su ámbito de actuación; h) A cumplir con las normas de buenas prácticas de distribución que hayan sido promovidas o autorizadas por las Administraciones sanitarias competentes y a colaborar con éstas para asegurar una prestación farmacéutica de calidad; i) Al cumplimiento de las demás obligaciones que vengan impuestas por disposición legal o reglamentaria.

Además de la responsabilidad penal de la persona jurídica en la que se encuentra constituida el laboratorio o corporación farmacéutica, existirá una responsabilidad penal por parte de quienes estuvieran especialmente obligados a cumplir con los deberes establecidos por la normativa administrativa. Ello puede resultar especialmente complejo dada la extensión de algunos de los organigramas empresariales de las corporaciones y laboratorios farmacéuticos. Al respecto, interesa traer a colación la SAP de Badajoz (Sección 1.ª) 8/2006, de 14 febrero, anterior al establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro Derecho penal, pero que ilustra perfectamente algunas de las especialidades de la depuración de responsabilidades dentro de las corporaciones farmacéuticas. La sentencia ventila una imputación por un delito contra la salud pública para quien cumplía con la condición de representante legal, gerente, con funciones de gestión y comercialización en el nivel superior de un laboratorio farmacéutico.

Lo interesante de la sentencia es que estima que el resultado disvalioso propio del delito farmacológico no puede ser imputable a todos aquellos sujetos que, por ostentar facultades representativas y de alguna manera participar de la actividad arriesgada, están involucrados en la misma. Se hace preciso la distribución de roles, la determinación de deberes de control del peligro y la delimitación de responsabilidades.

El principio de división del trabajo, estrechamente relacionado con el principio de confianza, comporta una distribución de deberes de cuidado en los casos de organización de tareas en la actuación conjunta de varios. Esto se hace especialmente necesario en casos en el que el objeto de la sociedad es la elaboración de medicamentos cuya realización se lleva a cabo por técnicos sanitarios, como farmacéuti-

cos, biólogos, médicos, etc. Hasta el punto de que, en lo que respecta a los primeros, es la legislación en materia de sanidad, quien exige la presencia de un Técnico de Laboratorio, con unas específicos cometidos y responsabilidades.

La figura del Director Técnico será, por tanto, la principal responsable de emitir la certificación de la composición de un producto farmacéutico. La responsabilidad del director técnico no excluye, en ningún caso, la responsabilidad empresarial.

Esta cuestión nos lleva a sopesar, siquiera brevemente, la cuestión de la comisión por omisión (art. 11 CP) del delito farmacológico como infracción del deber de garante. El principal problema es establecer la posibilidad de comisión de un delito farmacológico en aquellos casos en los que un medicamento cumpla con las condiciones típicas de los arts. 361 y ss. CP y, sin embargo, no sea retirado del mercado por los responsables de garantizar su buena calidad o no se ofrezca información al consumidor. De este modo, habrá que valorar las diferentes obligaciones en cuestión de farmacovigilancia de cada uno de los eslabones de la cadena de fabricación y comercialización del medicamento: desde el entorno empresarial, hasta el sanitario, pasando por los organismos estatales encargados del control de calidad de los medicamentos. Así, siguiendo a Mendoza Calderón, podemos diferenciar entre varios supuestos (81):

a) *La posición de garante en el entorno empresarial farmacéutico*: según la normativa comunitaria, el titular de una autorización de comercialización y distribución del fármaco debe establecer un sistema de farmacovigilancia para garantizar el control y la supervisión de uno o varios de sus medicamentos autorizados, registrados en un archivo maestro del sistema de farmacovigilancia, que debe estar permanentemente disponible para su inspección. Como tendremos oportunidad de ver a continuación, tales medidas de farmacovigilancia también quedan contenidas en la normativa nacional. Por tanto, puede afirmarse que formalmente existe una posición de garantía por parte de los empresarios dedicados al campo de los medicamentos. No obstante, para que la omisión sea equivalente a la causación activa de un resultado será necesario acudir también a criterios estructurales y materiales, esto es, verificar si alguna medida empresarial ha aumentado o creado un riesgo no tolerable que pueda dirigir al resultado, si existía por parte de los órganos de control un verdadero dominio sobre la fuente de peligro o, en suma, si, habiendo asumido su

---

(81) Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., pp. 485 y ss.

función de contención del peligro y teniendo posibilidades de actuar para evitar el peligro, no se han observado adecuadamente las medidas de farmacovigilancia. En definitiva, será posible la comisión omisiva en aquellos supuestos en los que, dándose estos elementos estructurales y materiales que sobrepasan el riesgo permitido, se haya introducido correctamente en el mercado un medicamento y, sin embargo, cuando posteriormente se descubra que genera un riesgo para la vida o la salud, no se retire del mercado ni se informe a los consumidores.

*b) La posición de garante en el entorno sanitario-farmacéutico:* como se expone a continuación, determinados facultativos sanitarios tienen la obligación de notificar a los organismos públicos cualquier sospecha de anomalía o reacción adversa de los medicamentos autorizados. Nuevamente, por consiguiente, nos encontramos ante un cimiento formal (legal) que fundamenta la posición de garante de estos actores. La inobservancia de deberes de vigilancia y control de fuentes de peligro, unido a la gravedad material del resultado evitable para la salud pública, podrían llegar a fundamentar la comisión por omisión de delitos farmacológicos por parte de quienes están obligados a actuar y, sin embargo, pudiendo hacerlo, no evitan el resultado.

*c) La posición de garante dentro del organigrama de los organismos públicos encargados de los deberes de farmacovigilancia:* la normativa supranacional indica que las autoridades competentes deben comprometerse a supervisar los sistemas de farmacovigilancia. En este caso, se descarta la posibilidad de imputar a las entidades públicas como personas jurídicas, por quedar fuera de los criterios establecidos para la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, la responsabilidad penal por omisión impropia puede alcanzar a los responsables de la esfera pública pertenecientes a la Administración sanitaria que, una vez verificada la nocividad de un fármaco, no lo retiren del mercado a pesar de conocer las reacciones adversas que provocaría en los consumidores. En España, la responsabilidad de esta clase de supuestos recaería en última instancia en la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y sus responsables, si bien puede alcanzar en una escala menor a los funcionarios públicos encargados de tareas de farmacovigilancia.

#### IV. DERECHO PENAL SANITARIO Y EL DELITO FARMACOLÓGICO

La irrupción del Derecho penal en el campo del medicamento forma parte de la expansión del ordenamiento jurídico penal a áreas de regulación eminentemente administrativas, en la búsqueda de una mejor gestión del riesgo ante los avances tecnológicos de la industria farmacéutica. No obstante, el verdadero argumento que legitima la inclusión del delito farmacológico dentro del denominado Derecho penal sanitario, son las posibles deficiencias de los sistemas de protección civil y administrativo. Así, se ha dicho que la necesidad de regular penalmente determinadas conductas responde a la utilización de mecanismos de impunidad en el ámbito civil por parte de determinados actores, como es el caso de los seguros de responsabilidad civil, que les eximirían de responsabilidad individual. Por otra parte, el exceso de burocratización y los mecanismos de arbitraje, regularización y resolución alternativa de conflictos del sistema administrativo, habrían derivado en su desprestigio e ineficacia preventiva (82).

Otros autores han apuntado al alarmismo social que han ocasionado algunos supuestos, especialmente mediáticos, que han evidenciado los riesgos de la confección y venta ilegal de medicamentos (83). Por otra parte, la posibilidad de comercialización de fármacos a través de Internet ha ocasionado un sentimiento de preocupación social e institucional por el vacío de control sobre las garantías que deben revestir a esta clase de productos. No obstante, debe recordarse que el Derecho penal, en virtud de los principios de fragmentariedad, subsidiariedad e intervención mínima y *ultima ratio*, solamente podrá abordar aquellas conductas relativas a los medicamentos que reviertan en ataques especialmente graves para el bien jurídico protegido salud pública. La gravedad de determinadas conductas relacionadas con la industria farmacéutica y el peligro real para la salud pública e individual son, en nuestra opinión, las verdaderas columnas sobre las que se sostiene la legitimidad de la intervención penal en esta materia.

Los arts. 361 a 362 quáter CP han sido reformados por la LO 1/2015, que incorpora las conductas descritas en el Convenio del Consejo de Europa sobre falsificación de productos médicos y otros delitos similares que suponen una amenaza para la salud pública, que

---

(82) *Vid.* MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., p. 56.

(83) *Vid.* ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «Art. 361», en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): *Comentarios prácticos al Código penal*. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, p. 336.

tuvo lugar en Moscú el 28 de octubre de 2011 (84), conocido como *Convenio Medicrime* (ratificado por España el 6 de agosto de 2013).

La transposición en bloque del Convenio a nuestro sistema de Derecho penal interno ha ocasionado que los delitos farmacológicos se encuentren confeccionados mediante una técnica bastante farragosa (85). Debe tenerse en cuenta que la normativa europea ahonda en la casuística reiterativa y trata de ofrecer un marco general, tanto de tipologías delictivas como recomendaciones en el ámbito penológico, que en ocasiones resulta discordante o reiterativo en nuestro sistema penal sin el uso de una adecuada técnica legislativa. La abundante materia administrativa que regula el medicamento y la técnica de la ley penal en blanco utilizada tampoco ayuda a la exégesis del articulado, toda vez que las materias sancionadas en uno y otro orden jurisdiccional se solapan constantemente. Recuerda, al respecto, Manzanares Samaniego que, lamentablemente, debido a la premura de la transposición de la normativa europea ni la Fiscalía General del Estado, ni el Consejo General del Poder Judicial, ni el Consejo de Estado pudieron pronunciarse sobre su redacción (86).

La denominación de esta clase de crímenes ha oscilado en la doctrina penal y criminológica, denominándose indistintamente como «delitos sanitarios» y, en otras ocasiones, como «delitos farmacológicos» o «farmacéuticos» (87). Manteniendo la diferenciación entre el Derecho sanitario, de mayor amplitud, y Derecho farmacéutico, consideramos más correcta la denominación de delito farmacológico (relativos a su objeto material: los medicamentos) o farmacéutico (relativo al campo de la farmacia) al referirnos a aquellas conductas delictivas cuyo objeto material es concretamente el medicamento. Entendemos, en este sentido, que ambos términos se encuentran en una relación de género-especie, perteneciendo los delitos farmacológicos/farmacéuticos a los denominados crímenes sanitarios (88).

En todos ellos el bien jurídico protegido será la salud pública (89), de conformidad con lo dispuesto en el art. 43 de la Constitución Espa-

---

(84) *BOCG*, Sección Cortes Generales, Serie A, núm. 146, de 15 de marzo de 2013.

(85) *Vid.* ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «Art. 361...», *ob. cit.*, p. 336.

(86) *Vid.* MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Comentarios al Código penal*. Madrid: Wolters Kluwer, La Ley, 2016, p. 1191.

(87) *Vid.* MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, *ob. cit.*, p. 284.

(88) *Vid.* SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico...*, *ob. cit.*, p. 183.

(89) Sin perjuicio de que, como han anotado algunos autores, secundariamente se protejan otros bienes jurídicos. En este sentido, Queralt Jiménez considera que se trata de delitos pluriofensivos, toda vez que «además de afectar a la salud pública,

ñola (90). La interpretación del término ha de hacerse conforme a la dinámica que se intenta evitar, esto es la puesta en circulación o suministro de medicamentos que, por sus malas condiciones de conservación, puedan poner en peligro la vida o la salud de los seres humanos (91).

Como ya se ha tenido oportunidad de exponer, se trata de un bien jurídico de naturaleza discutida (92): hay quienes lo consideran un bien jurídico colectivo que se obtiene de una generalización de la salud individual, esto es, como un agregado de la salud personal de cada una de las potenciales víctimas [suma de todas las saludes individuales (93)]; mientras que para otros se trata de un bien jurídico colectivo, autónomo e independiente, que va más allá de la mera suma de la salud personal de los distintos individuos que conforman la sociedad, pero cuya protección se encuentra íntimamente ligada a la integridad física y psíquica de los ciudadanos que la conforman considerados de manera individual, ya se trate de la sociedad en general, ya de un colectivo de ciudadanos determinado (los consumidores, los deportistas), pudiendo incardinarse dentro de la categoría de los denominados «bienes jurídicos intermedios», siendo de naturaleza indisponible (94). Nuestra jurisprudencia parece inclinarse más hacia la segunda de las opciones, interpretándolo como un concepto que se conecta con la sociedad en su conjunto, y no con la salud individual de

---

afectan a derechos de propiedad industrial de los fabricantes y al patrimonio de intermediarios legítimos de los consumidores, públicos y privados»; *Cfr.* QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 1062.

(90) El art. 43 de la Constitución Española establece: «1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto».

(91) *Vid.* AAP de Madrid Sección 5.<sup>a</sup> 63/2009, de 12 enero.

(92) *Vid.* GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud pública», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.): *Comentarios al Código penal*, tomo III. Cizur Menor: Aranzadi, 2008, pp. 255 y 256; ídem, en referencia a la reforma operada por la LO 1/2015 para estos delitos, en esta y ulteriores citas: en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*. 10.<sup>a</sup> ed. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 1390 y ss.

(93) Así, por ejemplo, STS, de 24 de mayo de 2004.

(94) *Vid.* Juzgado de lo Penal de Madrid Caso Operación Puerto. Sentencia 144/2013, de 29 abril; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., «El medicamento desde la perspectiva del Derecho penal: el delito farmacológico», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 4, 2000, pp. 1435-1457; SIERRA LÓPEZ, M.V., «Los criterios de agravación del injusto en relación con el delito de venta de medicamentos deteriorados», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 4, 1996, pp. 1327-1333.



cada uno de sus miembros (95). En este sentido, puede afirmarse que la salud pública es un bien jurídico protegido colectivo, indisponible y no susceptible de apropiación exclusiva, pero de referente individual, que no se identifica con la suma de las saludes individuales, sino con el conjunto de condiciones positivas y negativas que garantizan la salud de los integrantes de una comunidad (96).

Que estemos hablando de un bien jurídico colectivo no significa que subsidiariamente no pueda proteger la salud individual de los afectados. Como ya se ha indicado, existe una conexión entre el bien jurídico salud pública y el bien jurídico salud privada o individual, hasta el punto de que se ha afirmado que la salud pública «protege mediatamente la salud individual a través de la tutela inmediata de un bien jurídico colectivo» (97).

Al ser el bien jurídico protegido la salud pública y exigirse el peligro para la vida y la salud de las personas, queda excluida de la protección penal la salud animal, por lo que en la anterior regulación no se incluyeron dentro del objeto material del delito los medicamentos veterinarios. No obstante, algunos autores habían admitido la posibilidad de incluir en el delito aquellos productos veterinarios o zosanitarios si se destinan a evitar contagios a las personas, por quedar dentro de las finalidades del tipo penal (98). Finalmente, aunque el bien jurídico protegido solamente se refiere a la salud humana, se ha incluido dentro del objeto material del delito farmacológico a los medicamentos veterinarios, siempre y cuando se produzca un peligro para la vida o la salud de las personas (99).

---

(95) Vid. STS 1207/2004, de 11 de octubre.

(96) Vid. STS 6673/2011, de 4 de octubre; siguen esta conceptualización, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 591; VIVES ANTÓN, T.S. *et al.*, *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 577; MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., pp. 235 y ss.; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico...*, ob. cit., p. 43, 48 y ss.

(97) Vid. GÓMEZ RIVERO *et al.*, *Nociones...*, ob. cit., p. 503.

(98) Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., pp. 332 y 334.

(99) Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 1065; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «Art. 361...», ob. cit., p. 338; RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., «La reforma penal de los delitos contra la salud pública como respuesta a las innovaciones científicas y tecnológicas», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 18-19, 2016, p. 11, disp. en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-19.pdf>; FAKHOURI GÓMEZ, Y., «Delitos relativos a los medicamentos y sustancias dopantes», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.). *Memento Práctico Penal*. Madrid: Francis Lefebvre, 2017, p. 1551.

La reforma del 2015, por tanto, amplió tanto las conductas punibles como el objeto material del delito, incluyendo los medicamentos veterinarios y los productos sanitarios en sentido amplio (100). Tanto es así, que algunos autores, han remarcado la necesidad de realizar una interpretación restrictiva de tales productos a aquellos que tengan la capacidad de afectar a la salud pública en términos similares a los que lo haría un medicamento (101).

Por el contrario, quedan excluidos del objeto material del delito los productos alimenticios, los productos cosméticos, productos de cuidado personal y las sustancias químicas, conductas encuadrables en otros delitos como los recogidos en los arts. 359, 360, 363, 364 y 365 CP (102). Ahora bien, como advierte García Albero, al introducir la normativa administrativa un concepto material de medicamento que objetivamente atiende a la finalidad, los medicamentos ilegales que se presentan como simples complementos alimenticios, y que pueden contener sustancias farmacológicamente activas en cantidad suficiente para ejercer un efecto farmacológico, entrarían, sin embargo, dentro del objeto material del delito (103).

Al estar hablando de un bien jurídico colectivo, los delitos que atentan contra la salud pública mantendrán una configuración concreta. En primer lugar, la ofensa contra la salud estará dirigida hacia la colectividad y no contra individuos determinados, aunque sea necesaria la puesta en peligro de la vida y la salud de las personas. El clásico ejemplo de Quintano Ripollés, recogido por Sánchez Martínez (104), ilustra muy claramente esta cuestión: el farmacéutico que expende medicamentos que sabe que pueden causar la muerte al cliente, no comete un delito contra la salud pública, sino de asesinato.

Como bien jurídico disponible, la salud individual, personal o «salud privada» podría identificarse, por el contrario, con el concepto de integridad física y psíquica de los individuos considerados de manera singular. Esta salud también es objeto de tutela penal, pero

---

(100) Considera acertada esta nueva formulación GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...», 2015, ob. cit., p. 1392, quien considera que está justificada tanto por asumir el criterio sistemático de la normativa administrativa, como con base al principio de ofensividad, pues tanto riesgo para la salud pública pueden producir unos y otros.

(101) Vid. RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., «La reforma penal...», ob. cit., p. 10.

(102) Vid. SAP Badajoz 8/2005, de 14 de febrero, sobre la sustancia conocida como Macindol; STS 1207/2004, de 11 de octubre, sobre productos adelgazantes; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 596.

(103) Vid. GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...», 2015, ob. cit., p. 1393.

(104) Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico...*, ob. cit., p. 58.

quedará circunscrita a otros delitos en los que se produzca un resultado delimitado o efectiva lesión como, por ejemplo, los delitos de lesiones. Sin embargo, el concepto de salud contiene en su seno a la integridad física y psíquica, pero trasciende a ambos para incardinarse en el concepto de bienestar físico y mental, con un significado positivo que no significa únicamente ausencia de enfermedad (105). Ambos bienes jurídicos objeto de tutela por parte del Derecho penal pueden ser entendidos de manera complementaria (106).

Otra interesante propuesta, a modo de visión alternativa al bien jurídico salud pública e, incluso, compatible con él, es la alusión a bienes jurídicos protegidos como la sanidad pública concebida como el conjunto de acciones o actividades desarrolladas por las Administraciones públicas para la salvaguarda de la salud colectiva (bien jurídico supraindividual construido por Arenas Rodríguez (107)). Sin embargo, entiendo que, de haberse deseado la protección del buen funcionamiento de la Administración sanitaria, eminentemente pública en nuestro país, los tipos penales deberían haberse ubicado entre los delitos contra la Administración Pública. Por otra parte, este constructo colectivo podría vincularse al bien jurídico individual salud de los administrados, pero incurriría en la problemática conceptual de dejar al margen la salud individual de los usuarios de la sanidad privada.

Según la jurisprudencia y la doctrina penal mayoritaria, son delitos de peligro concreto para la vida o la salud de las personas (108). Para otros autores, sin embargo, se trata de la puesta en riesgo de la salud colectiva, por lo que no es necesario que la salud o integridad física de un usuario concreto haya sido puesta en peligro, bastando simplemente la prueba de ese riesgo en el proceso penal correspondiente (109). Contra esta última postura, cabe objetar que la construcción de bienes jurídicos colectivos siempre tendrá como referente bienes jurídicos individuales. Parece claro que la salud pública, como construcción jurídica abstracta y supra personal, constituye un marco de condiciones que posibilitan la salud particular de todos los ciudadanos y no podría ser nunca, ni siquiera probabilísticamente, lesio-

---

(105) Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico...*, ob. cit., p. 45.

(106) Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., p. 232.

(107) Vid. ARENAS RODRIGÁÑEZ, P., *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*. Madrid: Edersa, 1992.

(108) Vid., por todas, STS, de 22 de marzo de 2000.

(109) Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 597.

nada, por lo que la prueba de riesgo vendrá referida a la salud individual (110).

En este sentido, la prueba pericial científica tendrá una especial importancia para determinar la nocividad del fármaco en los delitos en los que sí se verifica una determinada lesión, junto con otros indicios, tales como: el estado de salud del consumidor anterior a la ingesta del medicamento, el plazo de inducción desde que se empezó a tomar y hasta que aparecen los primeros síntomas, la acción de otros posibles fármacos, etc. (111). En el delito farmacológico, sin embargo, solamente es necesaria la prueba de la peligrosidad de la sustancia, con base en el riesgo para la salud o la vida de las personas.

Algún pronunciamiento jurisprudencial y doctrinal lo ha conceptualizado dentro de la categoría intermedia de delitos de peligro abstracto-concreto o «peligro hipotético» (112). Su estructura típica reclama una gran cercanía al bien jurídico protegido, de tal suerte que se identifiquen las potenciales víctimas; mas, al mismo tiempo, no es necesario que la conducta genere una situación objetiva de riesgo, entendida ésta como una nocividad efectivamente actualizada, como portadora de un riesgo materializado (113).

Otros autores han explorado la posibilidad de encuadrar los delitos farmacológicos dentro de la categoría de los delitos «lesión-peligro», que exigirían la lesión del bien jurídico colectivo salud pública a la vez que la puesta en peligro concreto del bien jurídico individual del consumidor (114). No obstante, la mayor parte de la doctrina entiende que solamente deberán ser valorados como delito aquellos comportamientos que puedan afectar de manera grave la salud pública en su vertiente colectiva, esto es, solamente serán consideradas delitos farmacológicos las conductas que puedan afectar a un conjunto de consumidores.

---

(110) Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico...*, ob. cit., p. 70.

(111) Vid. SAP Barcelona, Sección 17.<sup>a</sup>, de 18 de abril de 2008; comentario de MUÑOZ SABATÉ, L., «No se prueba el efecto dañino (depresión) de un medicamento. Comentario a la sentencia de 18 de abril de 2008 de la Sección 17 de la Audiencia de Barcelona», en *Revista Jurídica de Catalunya*, n.º 2, pp. 697-699.

(112) Tras la reforma operada por la LO 1/2015, GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...», ob. cit., p. 1402, entiende que se ha reforzado la hipótesis de que el delito farmacológico se formula con base al concepto de peligro potencial o abstracto-concreto y no de peligro concreto en sentido estricto.

(113) Vid. Juzgado de lo Penal de Madrid Caso Operación Puerto. Sentencia 144/2013, de 29 abril.

(114) Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., p. 463.

En algunos supuestos, sin embargo, la conducta puede requerir la puesta en peligro concreto solamente de un grupo determinado de pacientes, como es el caso de los preparados oficiales o las fórmulas magistrales. También en estos casos se exige que la conducta vaya más allá de la mera singularidad o el caso aislado, siendo necesario que se ponga en circulación el preparado o fórmula y sea susceptible de entrar en contacto con los consumidores, aunque su número sea más reducido. Lo cierto es que esta interpretación es coherente con la literalidad del texto de los artículos, toda vez que se refieren a la vida o salud de las «personas» en plural, huyendo de otras fórmulas concretas como «del consumidor» que perfectamente podrían haberse adoptado.

En referencia a la diferencia entre el bien jurídico colectivo salud pública y el individual de salud privada, algunos autores sostienen que si a consecuencia de haber ingerido medicamentos en malas condiciones se producen lesiones o muertes en algunos pacientes, habrá tantos delitos dolosos o imprudentes como resultados lesivos, en concurso con el correspondiente delito contra la salud pública, salvo que sólo se hubieran puesto en peligro la vida y la salud de las personas que, efectivamente, resultaron afectadas, en cuyo caso los delitos de resultado absorberían a los delitos farmacológicos (115).

Finalmente, hay quienes entienden que la amplitud de modalidades de comisión que recogen los tipos penales requiere diferenciar aquellos delitos de peligro abstracto (por ejemplo, la importación o la elaboración o producción de medicamentos adulterados o falsos) y los delitos de peligro concreto (ofrecer o facilitar; alteración de la dosis, caducidad o composición genuina; elaboración de documentos falsos) que se encuentran incluidos en el precepto (116).

Por tanto, a pesar de la existencia de opiniones en contra, la dicción literal incluida en los delitos «se genere un riesgo para la vida o la salud de las personas»— parece apuntar a que su conceptualización como delitos de peligro concreto es la más acertada. No obstante, esta opción no se encuentra exenta de ciertos peligros: por el objeto sobre el que recaen estas conductas, los medicamentos, los peligros afectarían a quienes ya se encuentran enfermos, con lo que la dificultad para imputar el resultado de peligro rozaría la imposibilidad, al existir siempre la duda de si el aumento de peligro para la vía o la salud sería

---

(115) Vid. ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la seguridad colectiva (II)», en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coord.): *Derecho penal. Parte especial*. 5.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 580.

(116) Vid. GÓMEZ RIVERO *et al.*, *Nociones...*, ob. cit., p. 510.

imputable al medicamento o a la enfermedad (117). Esta crítica no es aplicable a los supuestos en los que los medicamentos se distribuyen en personas completamente sanas y, tal vez, pueda salvarse mediante la prueba pericial médica en los demás supuestos.

La opción de regular el delito farmacológico como tipo de peligro abstracto, siendo el riesgo para la salud de los consumidores una agravación que no condicionaba la tipicidad de las conductas fue ciertamente barajada, aunque finalmente se descartó. En opinión de García Albero, el criterio tomado finalmente por el legislador es una opción que, «aunque pueda justificarse en atención al carácter fragmentario del Derecho penal, no deja de suscitar interrogantes, sobre todo en el caso de los medicamentos de uso humano, y fundamentalmente de los falsificados, pues sigue haciendo gravitar el criterio distintivo de lo relevante penalmente en el riesgo para la salud, en definitiva de los problemas de seguridad, eficacia y calidad del medicamento (siempre en relación con sus condiciones de uso y destinatarios), que deberán acreditarse en el proceso penal, sin que resulte determinante el dato de que se hayan introducido en el mercado orillando todas las garantías esenciales de control sanitario (un control penal *a posteriori*). Acaso la trascendencia de los intereses en juego hubiese aconsejado un modelo de tutela penal más audaz, sin perjuicio de las correspondientes adaptaciones penológicas» (118). El problema de esta opción legislativa es, sin embargo, la necesidad de reconfigurar todo el espectro legislativo administrativo, que ya introduce importantes sanciones en el caso de que se pongan en circulación medicamentos ilegales y falsificados. Cabe recordar, como lo hace parcialmente el autor precitado, la relevancia de los principios limitadores del Derecho penal en el proceso de tipificación de determinadas conductas.

La exigencia de un resultado de peligro concreto para la vida o la salud de los consumidos se encuentra intrínsecamente ligada al concepto de nocividad. Si bien la mera nocividad del medicamento no será suficiente para que se produzca la consumación de muchos de los delitos farmacológicos, es importante tener en cuenta que todos los tipos penales tienen como elemento común la constatación de ese peligro concreto para la vida o la salud de los consumidores. En otras palabras, «nocividad intrínseca del producto y ámbito de creación del

---

(117) Vid. CORCOY BIDASOLO, M., «Arts. 359-367», en CORCOY BIDASOLO, M. y MIR PUIG, S. (Coords.). *Comentarios al Código penal. Reforma 1/2015 y 2/2015*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2015, pp. 1234-1259.

(118) Cfr. GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...» 2015, ob. cit., pp. 1391 y 1392.

riesgo son, pues, los dos ejes sobre los que giran los delitos de este Capítulo» (119).

Por nocividad se entiende aquella sustancia –en este caso, que tenga la consideración legal de medicamento o producto farmacéutico– que es potencialmente dañosa, perjudicial o perniciosa para la vida o salud del consumidor. Algunos autores exigen, al albur del principio de mínima intervención penal, un cierto grado de gravedad en la posible alteración de la salud de las personas (120). Según la jurisprudencia, nociva es aquella sustancia que, no utilizada con criterio normal de prudencia y conforme a las apreciaciones de su preparación y empleo, o en cualquier forma que se ajuste a prácticas de elemental previsión, produzca efectos perjudiciales para la salud de los consumidores, así como aquella cuyo uso reiterado entrañase peligro para la salud (121). La nocividad puede ser absoluta, si es susceptible de afectar a la población en general; o, por el contrario, específica, si solamente puede afectar a un grupo concreto de personas (ancianos, niños, diabéticos, alérgicos, etc.). Esta clasificación será importante a la hora de establecer los márgenes de riesgo permitido, así como el establecimiento de sistemas adecuados de información al consumidor.

El resultado exigido en todos los tipos es el de peligro para la vida o la salud de las personas (delitos de resultado y de peligro concreto). Es el elemento que diferencia los delitos farmacológicos de las meras infracciones administrativas, si bien no existe una identidad entre la gravedad de las conductas recogidas en la norma administrativa y las tipificadas en el Código penal. Así, por ejemplo, es posible que algunos ilícitos administrativos prácticamente coincidentes con las conductas castigadas en el Código penal como delitos, tengan solamente la calificación de infracciones leves. Será la puesta en peligro de la vida o la salud de las personas lo que gradúe la antijuridicidad penal de la conducta, que recogerá la intensidad del ataque contra el bien jurídico protegido. Por ello, algunos autores acertadamente exigen que, conforme al principio de ofensividad penal y *ultima ratio*, solamente se reconduzcan al delito aquellas conductas que se estimen como graves (122).

Asimismo, todos los delitos de este capítulo se encuentran confeccionados mediante la técnica legislativa de leyes penales en blanco, es

---

(119) Vid. GÓMEZ RIVERO *et al.*, *Nociones...*, ob. cit., p. 503.

(120) Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., p. 441.

(121) Vid. SAP Córdoba 34/2002, de 30 de diciembre.

(122) Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., p. 461.

decir, para la adecuada interpretación del marco de prohibición será necesario el recurso a las leyes administrativas que regulan el medicamento. De hecho, los delitos relativos a los medicamentos vienen determinados, generalmente, por una infracción especialmente grave de disposiciones de naturaleza administrativa, lo que motiva su represión en ámbito penal (123).

Todos los delitos admiten, *a priori*, tanto el dolo directo como el dolo eventual. Asimismo, se prevé una modalidad imprudente para todos ellos, por vía de la cláusula genérica del art. 367 CP. No obstante, como se expondrá a continuación, en algunos supuestos resulta bastante complejo establecer un delito imprudente cuando se exige conocimiento de la falsedad o alteración de un medicamento por parte del sujeto activo. Lo que ofrece menos discusión es que en todos los casos la intencionalidad habrá de abarcar el conocimiento y la voluntad de que el producto llegue al usuario sabiendo que constituye un peligro para la vida o la salud humana. En el caso del delito imprudente, éste se producirá cuando no se observen las medidas de cuidado exigibles en la elaboración, tratamiento y comercialización del medicamento o cuando el sujeto activo ignore las exigencias de control obligatorias en el conocimiento del estado en el que se encuentra el medicamento o actúe creyendo que dicha condición es inocua para la salud de las personas [supuestos, en realidad, de error de tipo que eliminan el dolo pero no la imprudencia, recogidos por Muñoz Conde (124)].

No se realiza mención sobre la imprudencia profesional, supuesto tal vez común en el caso de los facultativos que dispensan los medicamentos. En cualquier caso, al no especificarse nada, esta clase de delitos la vulneración o ignorancia de los principios elementales de la *lex artis* farmacéutica y médica será equivalente a la imprudencia grave. Al exigir que la imprudencia sea grave, se entiende que ha existido una inobservancia o quebrantamiento de las medidas de seguridad, precaución y control más elementales a las que se encuentra obligado el ciudadano medio (no precisamente el más cauteloso).

Respecto a la autoría y la participación, no estamos ante delitos de propia mano, es decir, de los que excluyen la posibilidad de coautoría y de autoría mediata, por lo que también caben todas las formas de participación delictiva (inducción, cooperación necesaria y complicidad). No obstante, algún autor ha puesto de manifiesto que, cuando el medicamento sea de fabricación industrial y el autor perteneciese al cuerpo de personal técnico o auxiliar que trabaja en la elaboración

---

(123) Vid. Juzgado Central de Instrucción, Auto 1 febrero de 2017.

(124) Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 599.



realizando alteraciones conforme a lo dispuesto en el art. 362 CP, estaríamos en presencia de un delito de propia mano (125).

El sujeto activo puede ser tanto una persona física como una persona jurídica. En los tipos básicos no se exige ninguna condición o característica específica, por lo que nos encontramos con delitos comunes que pueden ser cometidos por cualquier persona (126), aunque posteriormente se incluya un tipo agravado para determinadas profesiones. La justificación de la preferencia por el delito común, en una conducta criminal eminentemente propia de determinadas profesiones, es la amplitud de actores existente en la propia industria farmacéutica. En la cadena de fabricación y distribución de medicamentos no solamente nos encontramos con el desempeño de las clásicas profesiones técnico-sanitarias. Además de ello, la proliferación de mercados ilegales y de actores no cualificados en la elaboración de medicamentos falsificados, simulados, etc., legitiman, desde la óptica de una completa protección del bien jurídico protegido, el establecimiento de tipos penales comunes (127).

En cuanto al sujeto pasivo, es la colectividad (salud pública), siendo el individuo sobre el que recae el riesgo para la vida o la salud solamente el titular del peligro de daño o perjuicio (128).

Como se indicaba, cabe la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el caso de que el autor o partícipe sea el representante o administrador de una de estas entidades (art. 366 CP). Este hecho reviste especial importancia, puesto que determina la posibilidad de que los laboratorios que elaboran los medicamentos, las empresas farmacéuticas que los distribuyen, los almacenes mayoristas o los hospitales y clínicas privadas que los suministran, puedan ser responsables por los delitos farmacológicos que se hayan cometido por parte de sus responsables, administradores, representantes o miembros de sus órganos con autorización para tomar decisiones en su nombre, por cuenta de las mismas y en su provecho directo o indirecto. También

---

(125) Vid. CARMONA SALGADO, C., «Delitos contra la salud pública...», ob. cit., p. 757; MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., p. 386.

(126) Sin embargo, algunos autores dudan de que se pueda incluir en determinados tipos penales a concretas profesiones, tal es el caso de los médicos en el tipo básico del art. 361 CP, puesto que no se incluye entre las conductas típicas la de prescribir; Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 1062. No obstante, nada impide que así sea teniendo en cuenta la amplitud con la que se encuentra formulado el precepto.

(127) Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., p. 388.

(128) Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico...*, ob. cit., p. 300.

será posible establecer la responsabilidad de estas entidades por el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de la actividad (art. 31.1 bis CP). En este sentido, el cumplimiento de las obligaciones de farmacovigilancia, así como los planes de prevención del delito (*corporate compliance*) y los diferentes niveles de control pueden ser considerados como importantes atenuantes e, incluso, eximentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, conforme a lo indicado en los arts. 31.2, 3 y 5 bis y 31 quáter CP.

Aunque el concepto de responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido muy discutido por la doctrina, criminológicamente el delito farmacéutico actual puede verse desde la perspectiva de la producción en masa de medicamentos por parte de los laboratorios, siendo el último eslabón de la cadena las farmacias que ponen a la disposición de los clientes los diferentes medicamentos. Cuestión distinta es si el Derecho penal, a través de la herramienta dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es eficaz para prevenir o castigar el delito farmacológico (129).

No será posible exigir la responsabilidad penal ni de los hospitales públicos, ni de las farmacias hospitalarias que se encuentran habitualmente en ellos, puesto que quedan amparados en la exención de punibilidad para el Estado, las Administraciones públicas territoriales e institucionales, los Organismos reguladores, las Agencias y Entidades públicas empresariales recogida en el art. 31.1 quinquies CP.

La exigencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la de la persona física, aunque su imputación se establezca de manera paralela a su actuación. Ello significa que es posible mantener tal responsabilidad penal de la persona jurídica aun cuando la persona física concreta responsable no haya sido individualizada o no se haya podido dirigir el procedimiento contra ella.

En cuanto a su consumación, son delitos de mera actividad por lo que no es necesario que se haga uso efectivo de los medicamentos, adelantándose la barrera de punición sin necesidad de efectiva lesión. Basta con que el medicamento se ponga en circulación, existiendo un inminente acercamiento entre el fármaco y los consumidores (130). En todos los casos es posible la tentativa inacabada (131) pero no la acabada. Los actos preparatorios punibles de conspiración, proposi-

---

(129) Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., p. 373.

(130) Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., pp. 244 y 245.

(131) Aunque en la mayor parte de las ocasiones, sólo «técnicamente»; QUE-RALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 1064.

ción y provocación para delinquir solamente son posibles en el sub-tipo agravado del art. 372 CP.

Respecto a los concursos, aunque se especificarán en el análisis de cada uno de los delitos, la norma general es que, en el caso de que se produzca la efectiva lesión de la vida o la salud de las personas afectadas por la ingesta del medicamento, se castigará directamente por el delito de resultado lesivo que se haya generado (muerte, lesiones, etc.). No obstante, es posible el concurso ideal de delitos en aquellos supuestos de «peligro global» en los que el medicamento haya llegado a una pluralidad de consumidores, poniendo en riesgo la vida o la salud de algunos y lesionando efectivamente a otros (132).

La jurisprudencia sobre esta clase de delitos no destaca por su prodigalidad, siendo escasas las sentencias que han tratado estos tipos penales en profundidad.

#### A) ART. 361 CP

Estamos ante un tipo mixto alternativo que engloba la totalidad de las conductas imaginables que pueden llevarse a cabo en relación con los medicamentos, para cuya realización es suficiente con que se produzca una sola de tales modalidades comisivas. La concurrencia de varias de ellas podría tenerse en cuenta, en su caso, en materia de determinación de la pena (133). En cualquier caso, no es preciso un acto de venta, sino cualquier acto de tráfico de medicamento aún a título gratuito (134). En consecuencia, de nuevo nos encontramos ante conductas que anticipan la consumación sin necesidad de que se produzca resultado lesivo alguno, pues la mera posesión es la que perfecciona el tipo delictivo, siempre que exista ánimo de ponerlos en circulación.

El objeto material, dentro de la parte objetiva del tipo penal, está constituido por los medicamentos, tanto de uso humano como veterinario, sustancias medicinales y productos sanitarios en los términos que se han expuesto en anteriores epígrafes. Esta ampliación ha hecho que algunos autores, con razón, indiquen que la normativa extrapenal –de la que toma sus referencias el delito farmacológico– se articule en torno a un concepto que desborda el ámbito propio y singular de medicamento, como objeto material, para incidir en el de prestación farma-

---

(132) *Vid.* MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 600.

(133) *Vid.* FAKHOURI GÓMEZ, Y., «Delitos relativos...», ob. cit., p. 1551.

(134) *Vid.* AAP de Madrid Sección 5.ª 63/2009, de 12 enero.

céutica, como elemento fundamental de la prestación sanitaria (135). Sin embargo, el delito requiere que se den una serie de cualidades específicas en el objeto material del delito, a saber: a) Carecer de la necesaria autorización exigida por la ley o que no dispongan de los documentos de conformidad exigidos por las disposiciones de carácter general; b) Caducados; c) Deteriorados; d) Incumplan las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia; y, e) En todos los casos anteriores, que su utilización no sea inofensiva o, al menos, que generen un concreto un riesgo para la vida o la salud de las personas.

Habitualmente se parte de la definición de medicamento incluida en las normas administrativas, lo que llevaría a la conclusión de que el vocablo «medicamento» es un elemento normativo del delito que necesita de una interpretación legal conforme a tales disposiciones (136). Existe, no obstante, una interpretación jurisprudencial discordante que considera el concepto de medicamento como un elemento meramente descriptivo del tipo, cuya interpretación penal auténtica es más amplia respecto a la de las leyes administrativas (137).

Esto significaría que no sería necesario buscar la definición de medicamento en la legislación administrativa o sancionadora, basando la definición propia del término medicamento nos la da el DRAE (véase epígrafe sobre el concepto de medicamento), entendiendo que es la más común, y se la que más se aproximaría a la definición que pudiera dar en la realidad histórica y social actual una persona de conocimientos medios. Se entiende, de este modo, que el concepto de medicamento no puede ser interpretado desde un estricto punto de vista farmacológico, sino que ha de serlo en función del bien jurídico que se pretende proteger en el delito contra la salud pública (138). Algunos autores, si bien con referencia a la anterior

---

(135) Vid. GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...» 2015, ob. cit., p. 1390.

(136) Vid. CARDONA TORRES, J., *Derecho penal. Parte especial*. Barcelona: Bosch, 2010, p. 428; PORTERO HENARES, M., «Protección penal del consumidor», en *Materiales didácticos de la asignatura Derecho penal económico*, 2003, disponible en [www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net) (25/10/2019).

(137) Vid. Juzgado de lo Penal de Madrid, Caso Operación Puerto. Sentencia 144/2013, de 29 abril.

(138) Vid. Sentencia del Juzgado de lo Penal n.º 4 de Pamplona 180/2009, de 14 de abril; véanse también: STS de 9 de julio de 1982 y STS de 18 de noviembre de 1991; por el contrario, resoluciones como la del Juzgado de lo Penal de Madrid, de Madrid Sentencia 268/2014 de 4 julio, acuden a una definición normativa de medicamento.

legislación administrativa, hacen hincapié en un concepto material de medicamento, atendiendo fundamentalmente al cumplimiento de su finalidad curativa, de diagnóstico o prevención (139). Sin embargo, como tendré ocasión de analizar también será posible la criminalización de determinadas conductas asociadas a medicamentos inocuos que, en puridad, no mantienen tales finalidades, siempre que se ponga en grave peligro la salud de las personas.

No siempre puede considerarse el vocablo medicamento como un elemento meramente descriptivo del delito en su moderna redacción (140). Además de ello, una interpretación en exceso ampliada podría ser contraria a los principios de legalidad y tipicidad constitucionalmente consagrados para la interpretación de los tipos penales. Las normas administrativas que versan sobre la materia objeto del delito no se limitan a una mera clasificación científica de los medicamentos, sino que a veces también definen el deber cuya infracción sancionan los delitos farmacológicos. Asimismo, una definición en términos más amplios de medicamento desdibujaría los límites del tipo penal, de forma que muchas de las conductas podrían encajar indistintamente en otros delitos contra la salud pública en detrimento del principio de especialidad.

En muchas ocasiones, el concepto penal de medicamento solamente se aprecia en el adjetivo que sigue a la definición administrativa del término. Así, por ejemplo, serán clave en la interpretación de elementos del delito como «medicamento caducado» o aquellos en los que existe un grave «deterioro». El tipo penal no sanciona cualquier conducta relativa a los medicamentos, sino determinadas conductas sobre específicos tipos de medicamentos, por lo que existe una amenaza penal para la infracción de otra norma a la cual remite el Código penal. Por otra parte, la actual definición de medicamento es lo suficientemente amplia como para englobar una significación descriptiva del término, incluyendo las conceptualizaciones lingüísticas anteriormente apuntadas. El art. 8 RDL 1/2015 despeja bastante cualquier duda sobre la significación normativa del término medicamento, indicando aquellas sustancias que serán reconocidas legalmente como tales. Tampoco existe freno alguno para no interpretar la definición técnica al albur del bien jurídico que se pretende proteger (salud pública).

---

(139) *Vid.* ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «Art. 361...», *ob. cit.*, p. 337; GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...», *ob. cit.*, p. 265.

(140) Como ya advertía ORTS BERENGUER, E., «Delitos contra la seguridad colectiva...», *ob. cit.*, p. 579, esta definición atinente a la finalidad del objeto material «hace aguas por todas partes».

A mayor abundamiento, el mencionado precepto hace alusión a una concepción amplia de medicamento en su numeral 6.º: «en caso de duda, cuando un producto pueda responder a la definición de medicamento se le aplicará esta ley, incluso si a dicho producto se le pudiera aplicar la definición contemplada en otra norma». La inclusión de esta cláusula puede permitir una remisión normativa amplia para interpretar los tipos penales en los supuestos más limítrofes (141).

En conclusión, debemos estar de acuerdo con Sánchez Martínez y otros muchos autores, en que «la definición de cada término descriptivo de objetos de venta en farmacia no puede ser otra que la establecida en disposiciones administrativas (...), dado que son dichas normas extrapenales las que determinan los derechos y obligaciones del farmacéutico» (142).

Algunas de las definiciones más importantes a la hora de interpretar el delito serían:

a) *Medicamento que carece de la necesaria autorización exigida por la ley o que no dispone de los documentos de conformidad exigidos por las disposiciones de carácter general*: en este caso estamos hablando de medicamentos antirreglamentarios o ilegales. La ausencia de autorización concurre tanto cuando no se ha obtenido nunca, como cuando ha sido revocada o temporalmente suspendida conforme a lo indicado en el art. 22 RDL 1/2015 (143). Para entender el alcance de esta modalidad, será preciso acudir a la normativa administrativa para verificar qué autorizaciones son precisas en cada tipología de medicamentos (véase el epígrafe dedicado al concepto de medicamento y también, con carácter general, los arts. 17 y 33 del RDL 1/2015 sobre el expediente de autorización). Como base, independientemente de que algunos exijan permisos adicionales, todos los medicamentos deberán estar autorizados por la Agencia Nacional del Medicamento y Productos Sanitarios. En cuanto a los «los documentos de conformidad exigidos por las disposiciones de carácter general», el art. 79 del RDL 1/2015 recoge la regulación de la receta médica, imprescindible para la dispensa de determinados fármacos, y la orden de dispensación hospitalaria: «la receta médica, pública o privada, y la orden de dispensación hospitalaria son los documentos que aseguran la instauración de un tratamiento con medicamentos por

---

(141) En similar sentido, analizando la anterior normativa administrativa, GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...», ob. cit., p. 265; el mismo en su actualización de 2015, p. 1392.

(142) Cfr. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico...*, ob. cit., p. 308.

(143) Vid. GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...», ob. cit., 2015, p. 1398.

instrucción de un médico, un odontólogo o un podólogo, en el ámbito de sus competencias respectivas, únicos profesionales con facultad para recetar medicamentos sujetos a prescripción médica». Respecto a la posible responsabilidad penal de los facultativos se diferencia, por tanto, entre medicamentos que no están sometidos a una regulación específica de autorización y aquellos que sí; y, por otro lado, a medicamentos que necesitan de receta médica y aquellos que son de libre expendición (144).

Uno de los problemas que deben tenerse en cuenta en este punto es el de los medicamentos no sujetos a prescripción médica. En el art. 19.4 del RDL 1/2015, se define estos medicamentos como «aquéllos que vayan destinados a procesos o condiciones que no necesiten un diagnóstico preciso y cuyos datos de evaluación toxicológica, clínica o de su utilización y vía de administración no exijan prescripción médica, de modo que dichos medicamentos puedan ser utilizados para autocuidado de la salud, mediante su dispensación en la oficina de farmacia por un farmacéutico, que informará, aconsejará e instruirá sobre su correcta utilización». No obstante, ello no significa que esta clase de medicamentos no sean susceptibles de ser el objeto material del delito farmacológico, puesto que también estarán sometidos a condiciones reglamentarias. Será la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios la institución responsable de autorizarlos y, además, conforme a o indicado en el art. 19.5 RDL 1/2015 se especifica que los prospectos y el etiquetado de los medicamentos que no requieran prescripción médica contendrán aquellas advertencias que convengan a su naturaleza y, en especial, las orientadas a prevenir su uso indebido.

b) *Medicamento deteriorado o caducado*: es aquel que ha perdido las cualidades que les eran propias en el momento de su elaboración, bien por deficiencias en su conservación, bien por el transcurso del tiempo (145). Las deficiencias y defectos de fabricación en los productos sanitarios podrán considerarse también incluidos en el concepto de «deteriorados» (146). El deterioro ha de ser sensible (suficiente o bastante) y afectar a las propiedades específicas del medicamento que fue correctamente elaborado (147). Debe diferen-

---

(144) Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico...*, ob. cit., p. 344.

(145) Vid. GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...», ob. cit., p. 266; Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L. *et al.*, *Código penal concordado y comentado...*, ob. cit., p. 2016.

(146) Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 596.

(147) Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico...*, ob. cit., p. 291; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «Art. 361...», ob. cit., p. 339.

ciarse el concepto de deterioro de la simple mala calidad del fármaco, que viene a significar que, desde el primer momento, la composición del medicamento lo integran elementos de calidad inferior a la que debe tener (148). Los defectos de fabricación o la mala calidad intrínseca de un medicamento no pueden ser imputados al que lo dispensa. Sin embargo, quedarían incluidos en el concepto de medicamento deteriorado aquéllos que se encuentren en mal estado por un deterioro posterior que afecte de manera relevante a sus propiedades. En estos casos de mal estado sobrevenido, es posible responsabilizar a quienes tienen la responsabilidad de conservación de los medicamentos y la incumplimiento, expendiendo posteriormente los mismos (149).

En cuanto a la fecha de caducidad, ésta determina el límite de validez durante el cual el medicamento mantiene intactas las composición y actividad que se declara; la fecha máxima de caducidad de todas las especialidades farmacéuticas es de cinco años; aquellos ejemplares de especialidades farmacéuticas cuya validez sea inferior a cinco años, así como los que contengan productos biológicos deben indicar la fecha, mes y año, de caducidad. Al respecto, hay que tener en cuenta el Real Decreto 726/1982, de 17 de marzo, sobre caducidad de medicamentos. Conforme a la normativa administrativa vigente, medicamentos caducados son los que han sobrepasado la fecha de caducidad que debe figurar en la etiqueta de todos los productos medicamentosos según el art. 15.4 RDL 1/2015. Para que la conducta sea punible penalmente, la caducidad de los mismos debe suponer un riesgo para la vida o la salud de los consumidores. La fecha de caducidad, por tanto, es una cuestión puramente cronológica y no cualitativa respecto al estado real del medicamento (150). Para que la conducta sea delictiva, a ese componente cronológico debe sumarse un elemento material: que el deterioro del medicamento debido a esa caducidad sea susceptible de provocar un peligro para la vida o la salud del consumidor. Ello implica que el medicamento debía encontrarse en buen estado antes de que expirase su fecha de validez pues, de lo contrario, estaríamos ante un ilícito diferentes que afecta a la fabricación del producto. Caducidad, en el sentido típico recogido en el precepto es, en realidad, otra forma de deterioro del medicamento: aquél que se produce por el transcurso del tiempo (151).

---

(148) Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico...*, ob. cit., p. 291; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 597.

(149) Vid. SAP Barcelona, de 5 de abril de 1948.

(150) Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico...*, ob. cit., p. 292.

(151) Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., p. 432.



Según la STS 18 de noviembre de 1991, «debe estimarse como deteriorado el medicamento que ha perdido su efecto terapéutico o ha adquirido algunos elementos que alteran su composición y sus efectos medicinales, pero es necesario que ese deterioro sea trascendente para la salud pública, a la que se pone en peligro tanto por acción (por efecto de nuevos elementos perjudiciales ajenos a la composición oficial del medicamento) como por omisión (pérdida de las virtudes terapéuticas)» (152).

No se castiga la posesión o tenencia de medicamentos caducados, se castiga su efectiva distribución conociendo que ya han caducado (153).

c) *Medicamentos que incumplan las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia*: aquellos que no cumplan con lo establecido en la normativa administrativa extrapenal la Ley 29/2006, de 26 de julio, el Real Decreto 1564/1992, de 18 de diciembre, que regula y desarrolla el régimen de autorización de los laboratorios farmacéuticos e importadores de medicamentos y la garantía de calidad en su fabricación industrial, el Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, sobre evaluación, autorización, registro y condiciones de la dispensación de especialidades farmacéuticas y otros medicamentos de uso humano fabricados industrialmente, el Real Decreto 1616/2009, por el que se regulan los productos sanitarios implantables activos, el Real Decreto 1591/2009, de 16 de octubre, que regula los productos sanitarios y el Real Decreto 824/2010, de 25 de junio, que regula los laboratorios farmacéuticos, los fabricantes de principios activos de uso farmacéutico y el comercio exterior de medicamentos, así como los medicamentos en investigación. Actualmente, son los medicamentos que incumplen los requisitos establecidos por el RDL 1/2015 que regulan las condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente. En definitiva, todo aquel medicamento en el que no coincide lo que se dice que contiene y lo realmente contenido (154). La composición puede ser cualitativa (propiedades de los compuestos y principios activos del medicamento) o cuantitativa (cantidad o proporción de los mismos) (155). La estabilidad contribuye al mantenimiento de las

---

(152) Cfr. SIERRA LÓPEZ, M.V., «Los criterios de agravación...», ob. cit.

(153) Vid. Juzgado Central de Instrucción, Auto 1 de febrero de 2017.

(154) Vid. SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., «Delitos contra la salud pública (I)», en SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA, M.D. y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Curso de Derecho penal. Parte especial*. Madrid: Dykinson, 2019, p. 633.

(155) Vid. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «Art. 361...», ob. cit., p. 340; GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...», ob. cit., p. 266.

propiedades de las sustancias y principios activo, mientras que la eficacia es la capacidad para conseguir el efecto terapéutico (156). Respecto a esta última característica en relación con la puesta en peligro de la vida o la salud de los consumidores, se ha discutido sobre la problemática de los medicamentos ineficaces pero inocuos, pues los ineficaces y nocivos parecen integrar, sin problemas, el objeto material del delito. Estos medicamentos no serían *per se* nocivos, pero pueden integrar el delito si se toman en sustitución de otros cuya eficacia terapéutica podría haber curado o paliado la enfermedad (157). Como ya hemos tenido oportunidad de exponer, tal es el criterio jurisprudencial que se ha establecido, si bien algunos autores acertadamente indican, se trata de una problemática que debería analizarse caso por caso y no acudiendo a criterios generales (158).

Por composición se entiende tanto el número y clase de principios activos del medicamento, de sustancia o sustancias medicinales, de componentes del excipiente cualquiera que sea la naturaleza o cantidad utilizada incluyendo los colorantes, conservantes, adyuvantes, espesantes, etc., de los componentes de la cobertura exterior del medicamento que vayan a ser ingeridos o administrados, como la masa o el número de unidades de actividad biológica, por dosis o por unidad de masa o volumen, de cada principio activo del medicamento (composición cualitativa y cuantitativa); la estabilidad es el mantenimiento de las propiedades de las sustancias o principios activos de que se compone el medicamento, mientras que la eficacia es la capacidad para lograr el efecto terapéutico para el que se ofrece (arts. 9 y ss. de la Ley 29/2006). Todas estas exigencias técnicas afectan tanto a la seguridad como a la eficacia del medicamento, lo que permite incluir los medicamentos inocuos e ineficaces; ahora bien, en la medida en que se exige la puesta en peligro de la vida o la salud de las personas con el despacho de los mismos, las hipótesis se limitan a aquellos medicamentos inocuos que se toman en sustitución de otros; es decir, a supuestos en los que el peligro deriva del despacho de un producto inocuo, despacho que ha privado al enfermo de recibir la medicación

---

(156) Vid. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., «Delitos relativos a los medicamentos, productos, sustancias o accesorios sanitarios», en ALONSO DE ESCAMILLA, A., LAMARCA PÉREZ, C., RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A. y MESTRE DELGADO, E., *Delitos. La parte especial del Derecho penal*. Madrid: Dykinson, 2016, p. 690; MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., p. 435.

(157) Vid. GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...», ob. cit., p. 267.

(158) Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., p. 448.

eficaz que hubiera evitado su enfermedad o procurado su sanación con una probabilidad rayana en la certeza (159).

Como se ha tenido oportunidad de exponer con anterioridad (véase el epígrafe sobre el concepto de medicamento), en ocasiones resultará complicado diferenciar los medicamentos de otras sustancias, tales como las dopantes o las drogas estupefacientes, siendo habitual que se compongan de los mismos principios activos o componentes químicos. Las normas administrativas que especifican el concepto de medicamento pueden ayudar, como ya se ha expuesto, a establecer la diferencia. No obstante, en caso de que un mismo sujeto se encuentre en posesión conjuntamente de unas y otras, esto es, medicamentos y drogas, con la intención de ponerlas en el mercado o realizar alguna de las conductas castigadas en el Código penal, el castigo deberá ser diferenciado sin merma del principio *ne bis in idem*. Tal y como ha expuesto la jurisprudencia, el hecho de que todos estos delitos estén regulados en el mismo capítulo –delitos contra la salud pública– no reduce las distintas conductas típicas contempladas allí a un solo delito cuando se trata de conductas claramente diferenciadas –elemento objetivo diferente en cada tipo penal– y que atienden, a la postre, a la protección de bienes jurídicos distintos que representan aspectos distintos de la salud pública (160).

En este primer delito cabe clasificar las conductas punibles en dos grandes categorías (161): aquellas que suponen la creación del objeto material genuino (fabricación); y aquellas que tienen que ver con la realización de determinados comportamientos en relación con el mismo, con una amplitud bastante grande: importe, exporte, suministre, intermedie, comercialice, ofrezca o ponga en el mercado, o almacene con estas finalidades.

Con anterioridad a la reforma de 2015 se incluía también la sustitución de unos medicamentos por otros como modalidad delictiva (162). Actualmente esta conducta encajaría con la presentación engañosa de un medicamento, regulada en el art. 362 CP.

Fabricante es «la persona física o jurídica responsable del diseño, fabricación, acondicionamiento y etiquetado de un producto sanitario con vistas a la puesta en el mercado de éste en su propio nombre, independientemente de que estas operaciones sean efectuadas por esta misma persona o por un tercero por cuenta de aquélla» (art. 2.f RD

(159) Vid. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «Art. 361...», ob. cit., p. 340.

(160) Vid. SAP de Valencia Sección 2.<sup>a</sup> 450/2018, de 13 julio.

(161) De modo similar, SAP de Castellón Sección 2.<sup>a</sup> 17/2000, de 18 octubre.

(162) Delito de sustitución de medicamentos; véase: SAP de Sevilla Sección 4.<sup>a</sup> ,62/2001 de 31 mayo.

1591/2009). El Convenio del Consejo de Europa sobre la falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública entiende por fabricación «en relación con un medicamento, todas las fases del proceso de producción del medicamento, o de una sustancia activa o un excipiente de aquel, o de acabado del medicamento o de algunos de sus excipientes o sustancias activas» (art. 4.i).

Comercializar puede ser considerado sinónimo de vender, sin embargo, a tenor del resto de los verbos típicos utilizados en el precepto no es preciso un acto de venta, sino que basta cualquier acto de tráfico de medicamento (importar o traer a una localización, exportar o enviar a una localización) o acciones de facilitación (suministrar, intermediar o poner en el mercado, esto es, introducir en el tráfico comercial, mercantil o de compraventa), aun a título gratuito (ofrecer). Cuando se trate de un tráfico comercial, quedan incluidos en el delito tanto el comercio minorista como la comercialización de productos por parte de las industrias (163), por lo que podríamos estar ante supuestos de delito corporativo o delincuencia organizada.

Sobre la importación, exportación e intermediación en la distribución de medicamentos de uso humano existe una conexión evidente con las garantías que establece la norma administrativa en sus arts. 71, 72 y 73 del RDL 1/2015.

Si acudimos a la normativa administrativa, por comercialización se entiende «todo suministro, remunerado o gratuito, para su distribución o utilización en el mercado comunitario en el transcurso de una actividad comercial» (art. 2.z RD 1591/2009). «Importador» es «toda persona física o jurídica establecida en la Unión Europea que introduce un producto de un tercer país en territorio comunitario» (art. 2.o RD 1591/2009). En la «intermediación de medicamentos» están incluidas «todas las actividades relativas a la venta o compra de medicamentos, a excepción de aquellas incluidas en la definición de distribución mayorista, tal y como se define en este artículo, que no incluyen contacto físico con los mismos y que consisten en la negociación de manera independiente y en nombre de otra persona jurídica o física» (art. 2.r RDL 1/2015). Suministrar supone proveer de algo que se necesita, significado que ya queda integrado en algunas de las modalidades comisivas anteriormente expuestas (164).

El mero almacenamiento de los medicamentos orientado a cualquiera de estas finalidades de distribución es punible, lo que acerca a

---

(163) Vid. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., «Delitos relativos a los medicamentos...», ob. cit., p. 689.

(164) Vid. SAP de Navarra Sección 2.ª 93/2005, de 14 abril.

esta modalidad delictiva concreta a los delitos de peligro abstracto, puesto que no se exige ninguna cercanía del riesgo con la lesión del bien jurídico protegido. La simple tenencia de medicamentos caducados, deteriorados, etc., sin esta orientación de suministro o fabricación no sería punible conforme al Código penal, sin perjuicio de su eventual responsabilidad en el orden administrativo.

En el art. 2.º RDL 1/2015 se establece una definición de almacén por contrato, como aquella entidad que actúa como tercero, con la cual un laboratorio o un almacén mayorista suscriben un contrato para realizar determinadas actividades de distribución de medicamentos.

El delito puede cometerse de forma dolosa o por imprudencia grave (en relación con el art. 367 CP). En su modalidad intencional, bastaría en este caso la concurrencia de un dolo de peligro, que no exige resultado lesivo en sentido estricto, sino únicamente la producción de la situación. Se admite también el dolo eventual. El alcance del dolo debe abarcar el conocimiento de la condición de los medicamentos como caducados, deteriorados, o bien el incumplimiento de las exigencias técnicas. No es necesario, por tanto, que el expendedor del medicamento haya realizado materialmente las conductas que inciden en la seguridad o eficacia de éste, bastará con la realización de las conductas mediando el conocimiento de su nocividad, toxicidad o falta de eficacia terapéutica, sabiendo del peligro para la vida o la salud de los consumidores. Este hecho lleva a García Albero a considerar que la única modalidad imprudente de este delito será la inconsciente, puesto que el conocimiento incorpora la asunción del peligro que se trata de evitar (165). Con todo, la cuestión no está radicalmente clara en aquellos supuestos en los que, conociendo de la toxicidad del medicamento, ésta se encuentra dentro del riesgo permitido –o en situaciones muy limítrofes– en la ponderación de una eventual finalidad terapéutica: es posible que determinados medicamentos mantengan cierta nocividad (efectos adversos secundarios) y, sin embargo, sean eficaces para la finalidad curativa. En estos casos el expendedor puede ser consciente del peligro y, sin embargo, facilitar el medicamento con la esperanza de que su finalidad terapéutica se cumpla.

## B) ART. 362 CP

Nos encontramos ante un delito que se interna en el terreno de las defraudaciones, en las que siempre media un engaño (166). El medi-

---

(165) *Vid.* GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...», *ob. cit.*, p. 269.

(166) *Vid.* SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., «Delitos contra la salud pública...», *ob. cit.*, p. 634.

camento se presenta –en su forma o en sus propiedades– como verdadero, produciéndose una falsa apariencia de realidad.

Tanto en la Ley 10/2013, de 24 de julio, como en el vigente art. 2.o) del RDL 1/2015, se define medicamento falsificado como «cualquier medicamento cuya presentación sea falsa con respecto a: 1.º Su identidad, incluidos el envase y etiquetado, el nombre o composición en lo que respecta a cualquiera de sus componentes, incluidos los excipientes, y la dosificación de dichos componentes; 2.º su origen, incluidos el fabricante, el país de fabricación, el país de origen y el titular de la autorización de comercialización; o, 3.º su historial, incluidos los registros y documentos relativos a los canales de distribución empleados».

Esta definición no comprende los defectos de calidad involuntarios y se entiende sin perjuicio de las violaciones de los derechos de propiedad intelectual.

Se diferencia de este modo, en palabras de García Albero, entre medicamento ilegal, esto es, no autorizado (que integra el objeto material del art. 361 CP) y medicamento falsificado, como caso particular de medicamento ilegal debido a su presentación fraudulenta (167).

Según nuestra pretérita jurisprudencia, los medicamentos calificados como falsificados por la norma administrativa no se integraban en el delito farmacológico. Se entendía que se trataba de requisitos formales que pretenden garantizar el origen, almacenaje y distribución de los medicamentos sin que implique necesariamente que cualquier irregularidad que les afecte, tenga una influencia directa sobre la naturaleza y eficacia curativa de los productos sanitarios. Por tanto, faltaba uno de los elementos descritos respecto del delito de expendición de medicamentos del art. 361 CP, no pudiendo apreciar la existencia del tipo delictivo en la conducta investigada en estas actuaciones (168).

Actualmente, sin embargo, la definición de la definición de «medicamento falsificado» del art. 2.º RDL 1/2015 encaja con la conducta tipificada en el art. 362 CP, que abarca la imitación y la simulación del producto.

Se incluyen como objetos materiales del delito diferenciados también las sustancias activas o excipientes, que no aparecen en el tipo anterior y que son parte de los propios medicamentos (169). Esta

---

(167) *Vid.* GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...», 2015, ob. cit., p. 1391.

(168) *Vid.* Juzgado Central de Instrucción, Auto 1 de febrero de 2017.

(169) Sobre la definición de los mismos, *vid.* el epígrafe dedicado al concepto de medicamento; y también ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «Art. 362...», ob. cit., p. 346.

inclusión carece de justificación para algunos autores, pues llevaría a afirmar que fabricar ilegalmente el excipiente de un medicamento es una conducta impune en el art. 361, pero elaborarlo, de acuerdo con el art. 362, es una conducta punible de forma agravada (170). En opinión de Cardona Torres, no deben descartarse como incluidos en el tipo penal los productos de parafarmacia que se expenden como medicinales, en cuanto que se presenten como sustancias beneficiosas para la salud y que, sin embargo, produzcan un efecto perjudicial (171). Lo descarta, sin embargo, García Albero, aduciendo que, «por mucho que pueda inducir a engaño, no debe el Derecho penal intervenir en la tutela de paramedicamentos o productos milagrosos, en los que el ciudadano medio no confiaría dada la inexistencia de controles y garantías sobre los mismos. Ello sería tanto como proteger la superchería y superstición de ciertos individuos que, confiando en las virtudes milagrosas de ciertos productos, rechazan el tratamiento con fármacos convencionales, poniendo en peligro su salud» (172). Este criterio de autoprotección de la víctima debe tenerse en cuenta; mas, en mi opinión, deberá extremarse el cuidado en la valoración de determinados supuestos so pena de cargar en exceso de responsabilidad al consumidor. Así, entiendo que deberá valorarse la adecuación del engaño (sobre todo en lo atinente a la presentación del producto) y las circunstancias concretas del consumidor que, no debe olvidarse, en no pocas ocasiones puede tratarse de un paciente ávido por encontrar, muchas veces de manera desesperada, un remedio eficaz para su dolencia o enfermedad.

Se disponen en el delito tres modalidades de comisión:

a) Elaborar equivale a transformar un medicamento o, de manera análoga al siguiente verbo utilizado por el legislador, obtener un producto mediante un proceso de trabajo. La diferencia fundamental con producir es que parece que elaborar implica la existencia de una base medicamentosa previa sobre la que se opera para conseguir el producto farmacológico final. La sustitución de medicamentos quedaría incluida en este verbo típico, toda vez que existe una base previa de un medicamento y se «elabora» un envase diferente para el mismo, una nueva identidad, etc.

b) Producir es sinónimo de fabricar o crear. Entran dentro de esta modalidad tanto la imitación como la simulación de medicamentos. Ciertamente, parece complicada la diferenciación semántica entre

---

(170) Vid. RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., «La reforma penal de los delitos contra la salud pública...», ob. cit., p. 13.

(171) Vid. CARDONA TORRES, J., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 429.

(172) Cfr: GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...», ob. cit., p. 285.

las conductas de fabricación, elaboración y producción que, en muchos sentidos, son prácticamente equivalentes sólo pudiendo diferenciarse la fabricación como simple elaboración en serie del producto, de la elaboración como el proceso de investigación dirigido a crear un medicamento (173).

c) Alterar el medicamento, lo que puede producirse, a diferencia de las anteriores conductas en las que no se indica limitación alguna, tanto en el momento de fabricarlo o elaborarlo como en cualquier otro momento posterior (dispensación, venta, etc.). Alterar supone cambiar, sustituir o corromper la composición o cantidad del medicamento (174). Esta modalidad comisiva supone la adulteración de los medicamentos, desde la ineficacia terapéutica hasta la toxicidad absoluta (175), con la que se pone en grave peligro la vida o salud de los consumidores. La alteración puede referirse a la composición autorizada, lo que «supone violar los términos de la autorización» o la composición declarada, lo que «supone la discrepancia respecto de lo que indica el prospecto o respecto a lo que se declaró para obtener la autorización» (176). No obstante, como bien advierte García Albero la redacción no es muy afortunada, puesto que la alteración no se verifica realmente en el propio medicamento, sino en el prospecto o información escrita que lo acompaña: alterar la cantidad o composición del medicamento no afectaría realmente a la salud de los consumidores, sino a su patrimonio, puesto que, de otro modo, ya estaríamos ante el supuesto de afectación ilícita de la composición y eficacia del medicamento castigado en el anterior tipo penal (177). Esta cuestión ahonda en la identificación de este precepto con las defraudaciones, anterior-

---

(173) Vid. RUIZ RODRÍGUEZ, L.R., «La reforma penal de los delitos contra la salud pública...», ob. cit., p. 13.

(174) Vid. GANZENMÜLLER ROIG, C., FRIGOLA VALLINA, J.F. y ESCUDERO MORATALLA, J., *Delitos contra la salud pública (I): sustancias nocivas, productos químicos, medicamentos y alimentos*. Barcelona: Bosch, 2000, p. 78.

(175) Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 1067. Por el contrario, algunos autores entienden que es imprescindible que la alteración reduzca la seguridad, eficacia o calidad del medicamento, interpretando que si la alteración implica un aumento de la eficacia del medicamento, a costa de aumentar su toxicidad con peligro para la vida o la salud del consumidor, el hecho no podría subsumirse en el tipo, debiendo llevarse esta laguna de punibilidad al momento de la expendición por parte del propio sujeto que ha llevado a cabo la alteración; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «Art. 362...», ob. cit., p. 347; en el mismo sentido, Vid. GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...», ob. cit., p. 284. Esta interpretación, sin embargo, se compeadece mal con la exigencia de peligro concreto del tipo penal pues lo importante, en interpretación teleológica, es salvaguardar la salud pública.

(176) Cfr. ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «Art. 362...», ob. cit., p. 347.

(177) Vid. GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...», ob. cit., p. 284.



mente expuesta. Sin embargo, cabe interpretar el tipo penal atendiendo a casuísticas particulares de simulación o imitación.

El supuesto de la simulación se trata de la creación «*ex novo*» del objeto y ésta no va referida a modelo alguno, tratándose simplemente de elaborar un producto fingiendo cualidades terapéuticas que no posee y debe tenerse presente que expender sustancias inocuas como verdaderos medicamentos, entrará también en el tipo contemplado, dado que, al no tener los efectos curativos o terapéuticos esperados, produciría una lesión a la vida o a la salud de las personas. La simulación no pretende suplantar modelo alguno, sino presentar como medicamento una sustancia que no lo es, porque no ha sido legalmente reconocida como tal, fingiendo cualidades terapéuticas que en realidad no posee (178). La imitación exige la existencia de un modelo de medicamento real que se trata de suplantar (179).

Con todo, ambas modalidades comisivas pueden resultar confusas en su interpretación literal, pues simular supone representar algo, fingiendo lo que no es, pero también entra dentro de su definición la imitación. Ciertamente, la diferencia radica en que la simulación no necesita un modelo previo, mientras que imitar supone siempre ejecutar algo a ejemplo o semejanza de otra cosa.

Estamos, por tanto, ante una falsificación de la sustancia a la que se atribuyen los caracteres y propiedades del medicamento imitado o simulado con peligro para la salud o vida de los potenciales consumidores. No se exige ningún grado de técnica o perfeccionamiento en la imitación o simulación, por lo que debe entenderse que, al menos, debe tener una apariencia lo suficientemente realista como para tener verdadera capacidad de engendrar el engaño (180).

En el numeral segundo se castiga la alteración, tanto en el momento de la fabricación o elaboración como en momentos posteriores, de las características cuantitativas (cantidad, dosis) o cualitativas (la caducidad o la composición genuina) del fármaco y tiene como referencia los aspectos puramente formales o normativos que los regulan (según lo autorizado o declarado en la normativa administrativa). En estos casos estamos hablando de medicamentos inicialmente autorizados,

---

(178) Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L. *et al.*, *Código penal concordado y comentado...*, ob. cit., p. 2018.

(179) Vid. CARDONA TORRES, J., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 429; GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...», ob. cit., p. 285; SAP de Castellón Sección 2.<sup>a</sup> 17/2000, de 18 octubre.

(180) Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico...*, ob. cit., p. 373; MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., pp. 562 y 564.

cuya alteración les priva total o parcialmente (pues basta con que aminore la seguridad de su uso, su capacidad curativa o reduzca su nivel calidad) de su eficacia terapéutica, pero siempre de manera que ponga en peligro la vida o la salud de las personas (181). Por composición genuina debe entenderse, precisamente, aquella posología y proporción de principios activos que ha sido autorizada legalmente y se refleja en los documentos que acompañan al medicamento, de ahí que el tipo penal se refiera a «según lo autorizado o declarado». Se trata de una conducta fraudulenta o de adulteración de la sustancia medicinal para privarle de sus propiedades farmacológicas (medicamento imperfecto) y convertirla en una sustancia peligrosa para la vida o la salud de los individuos. Dicha alteración puede llevarse a cabo introduciendo nuevos componentes, extrayendo los ya existentes, aumentando o disminuyendo la proporción de los componentes del medicamento y cambiando su posología (dosificación) (182).

La antigua sustitución de medicamentos queda incluida en este precepto penal, al menos en su significación más estricta de poner un medicamento en lugar de otro. Obviamente, la sustitución de un medicamento solamente va a ser castigada como un delito farmacológico por alteración si el fármaco que se suministra es nocivo para la salud del paciente, de lo contrario llegaríamos a la paradoja de castigar una sustitución que fuera positiva para el paciente y nos situaríamos extramuros del tipo penal. Respecto a los medicamentos sustituidos por otros inocuos, habrá que estar a la significación anteriormente expuesta de peligro para la vida o la salud: si el medicamento que se suministra es inocuo, pero su consumo aparta al paciente de los tratamientos verdaderamente eficaces, puede considerarse la existencia de un perjuicio para la vida o la salud de éste y, por tanto, se trata de una conducta punible.

En este punto debemos plantearnos la problemática de la sustitución de medicamentos por otros genéricos o similares. Un repaso a la normativa indica que no todos los medicamentos son sustituibles. La Orden SCO/2874/2007, de 28 de septiembre, por la que se establecen los medicamentos que constituyen excepción a la posible sustitución por el farmacéutico con arreglo al artículo 86.4 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (183), indica en su artículo único que no son sustituibles, sin la autorización expresa del médico, los siguientes

---

(181) Vid. STS, de 11 de octubre de 2004.

(182) Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico...*, ob. cit., pp. 368 y 369.

(183) BOE núm. 239, de 5 de octubre de 2007.

medicamentos: 1. Los medicamentos biológicos (insulinas, hemoderivados, vacunas, medicamentos biotecnológicos). 2. Los medicamentos que contengan alguno de los principios activos considerados de estrecho margen terapéutico incluidos en la normativa administrativa, excepto cuando se administren por vía intravenosa. 3. Los medicamentos que contengan principios activos sujetos a especial control médico o aquellos que requieran medidas específicas de seguimiento por motivos de seguridad y que se relacionan en la norma administrativa. 4. Los medicamentos para el aparato respiratorio administrados por vía inhalatoria. La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios elaborará un listado de medicamentos no sustituibles, que será de acceso público.

La Resolución de 4 de abril de 2014, de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, ha actualizado el listado de la Orden SCO/2874/2007, de 28 de septiembre, por la que se establecen los medicamentos que constituyen excepción a la posibilidad de sustitución por el farmacéutico con arreglo al artículo 86.4 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios (184).

Finalmente, la Resolución de 12 de diciembre de 2016, de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, vuelva a actualizar el listado de la Orden SCO/2874/2007, de 28 de septiembre, por la que se establecen los medicamentos que constituyen excepción a la posibilidad de sustitución por el farmacéutico con arreglo al artículo 86.4 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios (185).

Es posible la causa de justificación de estado de necesidad ante un supuesto de sustitución de medicamentos en un caso de urgencia, al menos siempre que la forma farmacéutica, los principios activos, dosis y componentes sean similares o la acción terapéutica sea análoga. Parece claro en esta clase de supuestos que el farmacéutico o el médico, en cuanto técnicos y concededores de la materia, tienen una evidente responsabilidad en la sustitución de los medicamentos y deben asegurarse de que los fármacos cumplen con esas especificaciones (186); sin embargo, el delito se ha recogido como común, por lo que cualquier persona puede ser sujeto activo del mismo lo que implica que la conducta será delictiva (al menos en su modalidad imprudente) si, quien sustituye un medicamento por otro, desconoce

(184) BOE núm. 113, de 9 de mayo de 2014.

(185) BOE núm. 4, de 5 de enero de 2017.

(186) Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico...*, ob. cit., pp. 297 y 211.

los componentes y capacidades curativas de los fármacos (auxiliares de farmacia, vendedores no cualificados, etc.).

Es imprescindible para que se cumpla el tipo penal que se ponga en peligro la vida o la salud de las personas. El art. 7 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, establece que la elaboración, fabricación, importación, exportación, distribución, comercialización, prescripción y dispensación de productos o preparados que se presentaren como medicamentos y no estuvieren legalmente reconocidos, dará lugar a las responsabilidades y sanciones previstas en dicha Ley. Cuando estas conductas pongan en concreto peligro la vida o la salud de las personas, la sanción meramente administrativa es insuficiente, y por ello se califican como delictivas en el art. 362 CP.

Por esta razón, la conducta no podrá ser castigada conforme al art. 362 CP cuando se imite o se simulen medicamentos sin que se constate su nocividad para la salud de las personas. Tal fue el supuesto enjuiciado en el denominado Caso Acobiomol, cura milagrosa contra el cáncer, tratado en la SAP de Cádiz (Sección 8.ª) 166/2010, de 23 abril, en la que se indica que, a pesar de que era cierto que los acusados fabricaban y vendían una sustancia, que presentaba como medicamento capaz de prevenir y curar el cáncer (entre otras enfermedades), a sabiendas de su ineficacia para tales propósitos; y de que esta sustancia, de su invención, compuesta básicamente de diversos componentes, era vendida como un medicamento sin la previa autorización sanitaria de la Administración del Estado, y sin haberse sometido a ensayos clínicos; no se estimó acreditado que fuera dañina para la salud de las personas, sino más bien, aunque de mal sabor, inocua, sin efectos nocivos. Como quiera que además su administración no sustituía al tratamiento médico convencional, no podía estimarse la comisión de este delito. En los delitos de peligro concreto se exige un peligro próximo o inmediato de que se materialice la probabilidad de lesión para el bien jurídico. Quedó claro que no se puso en peligro próximo e inmediato de agravamiento de su enfermedad a los pacientes a los que se suministró el fármaco simulado, falleciendo los que lo hicieron exclusivamente por la grave dolencia que padecían, y no agravándose el resto de las enfermedades que padecían, que siguieron su curso normal y sin interferencia del medicamento vendido por los acusados. De la misma manera, el Auto de la AP Madrid de Madrid Sección 2.ª 518/2003, de 17 diciembre, excluye la condena por los arts. 361 y 362 en relación con el art. 367 CP, ya que no concurren los requisitos exigidos por la constante Jurisprudencia del Tribunal Supremo al no quedar acreditada la posibilidad de un resultado lesivo derivado de su actuación.

Habrán supuestos en los que la puesta en peligro concreto de la salud o la vida de los pacientes no se produce por los efectos nocivos de la sustancia en sí misma, sino por el hecho de su absoluta inoperancia y porque su administración sustituía al tratamiento médico convencional, pues la confianza de los pacientes en esta sustancia, aunque por sí misma sea inocua, impedía que acudan o conserven otros tratamientos más efectivos, poniendo con ello en grave peligro su salud y su vida (187). Por tanto, el peligro recogido en esta clase de delitos no consiste sólo en el riesgo del propio fármaco, que puede ser por sí solo inocuo, sino en que las aparentes e inexistentes virtudes terapéuticas que recomiende puedan hacer a un enfermo real abandonar las terapias convencionales, causándole así un grave riesgo (188).

Algunos autores han anotado que, para que la sustitución de medicamentos sea castigada como un delito farmacológico, será necesario que genere un peligro para la vida o la salud de la colectividad, dejando al margen casos singulares, esporádicos o particularizados que podrían ser reconducidos al ilícito administrativo o, en su caso, a delitos de lesión concretos si se produce un menoscabo en la salud del paciente. En esencia, para estos autores el delito farmacológico solamente tiene sentido en el supuesto de sustitución masiva y continuada de un medicamento (189).

Para Mendoza Calderón los denominados remedios secretos, de los que se desconoce la composición y características, podrían encuadrarse en este delito (190). Esta inclusión es plenamente coherente con lo indicado en la normativa administrativa que prohíbe esta clase de remedios, puesto que establece una analogía con el concepto legal de medicamento en caso de duda. Cuestión distinta es si esta analogía, plenamente funcional en el ámbito administrativo, puede ser trasladada a la esfera de actuación del Derecho penal sin merma del principio de legalidad. En caso de que se estime que el objeto material del delito se ha establecido mediante una analogía *in malam partem*, identificando un remedio secreto con la figura legal del medicamento, no quedaría más remedio que desgajar esta clase de productos del delito farmacológico e incluirlos en la esfera de actuación del art. 359 CP.

---

(187) Vid. STS 1612/2002, de 1 de abril; Juzgado de lo Penal de Madrid, Sentencia 268/2014 de 4 julio.

(188) Vid. AAP de Madrid Sección 17.<sup>a</sup> 739/2003, de 28 julio; SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAÍLLO, A., «Delitos contra la salud pública...», ob. cit., p. 635.

(189) Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., p. 458.

(190) Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., pp. 555 y 556.

Sin embargo, no parece que esta alambicada maniobra jurídica sea necesaria, toda vez que, como ya se ha advertido, el concepto legal de medicamento queda definido de manera amplia en las normas administrativas atendiendo también a criterios materiales y teleológicos.

A diferencia del primer numeral, el art. 362.2 CP no exige que los productos farmacéuticos alterados estuvieran destinados al consumo público o al uso por terceras personas, por lo que podría plantearse si el delito quedaría consumado en el mismo momento en el que realizara la alteración, sin necesidad de su puesta a disposición de los consumidores (191). No obstante, la categorización de estos delitos como de peligro concreto conlleva siempre la necesidad de que el producto farmacéutico se encuentre en una cercanía con los consumidores, de modo que ponga en peligro la vida o la salud de la colectividad.

Algún autor llamaba la atención respecto a la no inclusión, a diferencia de lo que ocurre con el art. 361 CP, de un elemento negativo del tipo relativo a la falta de autorización (192). Sin embargo, entiendo que tal previsión no es necesaria, toda vez que hablamos de medicamentos y productos sanitarios falsos o alterados que no podrían ser en ningún caso autorizados.

En cuanto a la parte subjetiva del tipo, se admite tanto la forma dolosa como la imprudente grave. En el caso de la modalidad intencional, el dolo debe alcanzar el engaño al usuario mediante una declaración mendaz u omisión sobre los datos identificativos del producto, su eficacia, calidad, etc. En el primer apartado del art. 362 CP se exige un elemento subjetivo específico: el propósito de extender el medicamento al consumo público o al uso por terceras personas. En caso de que el sujeto activo desconozca que la sustancia imitada o simulada es nociva, podría castigarse la conducta a título de imprudencia (error de tipo vencible).

Se ha dudado si la conducta de alteración o adulteración de un medicamento puede ser considerada también en su vertiente imprudente (193), siendo una modalidad de comisión eminentemente activa (incorporar un principio activo al medicamento que lo convierta en nocivo) y, aparentemente, voluntaria (194). Sin embargo, este modo de interpretar la alteración no es excluyente de otras posibles formas

---

(191) De la misma forma que planteaban algunos autores para la simulación e imitación antes de la reforma; GANZENMÜLLER ROIG, C., FRIGOLA VALLINA, J.F. y ESCUDERO MORATALLA, J., *Delitos contra la salud pública...*, ob. cit., p. 82.

(192) Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Comentarios...*, ob. cit., p. 1193.

(193) Vid. GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...», ob. cit., p. 286; GÓMEZ RIVERO *et al.*, *Nociones...*, ob. cit., p. 512.

(194) Vid. SAP Girona, de 16 de febrero de 1999.

de alteración, a las que hay que añadir la posibilidad de que el sujeto activo desconozca, aunque debería haber puesto todas las medidas de cuidado exigibles, que incorporaba una sustancia o principio activo que volvía nocivo o ineficaz al medicamento (195).

### C) ART. 362 BIS CP

La Organización Mundial de la Salud estima que al menos el 10% de los medicamentos que circulan a nivel mundial se encuentran falsificados (196). Con este delito se castiga el tráfico de medicamentos falsos o alterados, la publicitación de los mismos y el almacenamiento de los mismos con idéntica finalidad. Se trata de una conducta de comercialización, adquisición o depósito sin participación previa en la elaboración de los medicamentos pues, en caso de que fuera el mismo sujeto el que fabricara los medicamentos y los comercializara, la conducta quedaría subsumida por concurso aparente de normas penales en el art. 362 CP.

Se trata, igualmente, de un tipo mixto alternativo que se consume con la realización de cualquiera de las modalidades comisivas, sin necesidad de acumulación (197). En cuanto a las modalidades de comisión, algunas de ellas se identifican con las de los delitos anteriormente analizados (importe, exporte, ofrezca, venda, facilite,

---

(195) Es decir, un supuesto de error de tipo vencible que puede castigarse a modo de imprudencia; *Vid.* MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., p. 582

(196) La OMS calcula que puede representar el 10% del mercado mundial de medicamentos y en algunas zonas en desarrollo este porcentaje puede ser del 25% y hasta un 50% en algunos países mientras que en los países desarrollados estas cifras descienden hasta el 1%. Todas estas cifras son, sin embargo, aproximadas pues siempre es difícil obtener cifras exactas, ya que se trata de un comercio ilegal y clandestino. El *Centre for Medicines in the Public Interest*, de los Estados Unidos, prevé que en 2010 el valor total de las ventas de medicamentos falsificados a nivel mundial ascenderá a 75.000 millones de dólares, lo que representa un incremento de más del 90% con respecto a 2005. A través de Internet es posible la promoción, oferta y venta de medicamentos a nivel mundial, burlando las condiciones legales exigidas. En este ámbito, la presencia de los medicamentos falsificados es muy importante, estimándose en un 50%; *Vid.* Ministerio de Sanidad y Política Social: Estrategia frente a medicamentos falsificados 2008-2011. Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, 2009, pp. 2 y 3. Según la OMS, los productos médicos falsificados representan una amenaza mundial cada vez mayor para la salud de las personas, ya que son causa de muerte, discapacidad y daños. También destruyen la credibilidad de los sistemas de salud, y entrañan un despilfarro de recursos humanos y financieros valiosos; *Vid.* OMS: Medicamentos..., ob. cit., p. 12.

(197) *Vid.* FAKHOURI GÓMEZ, Y., «Delitos relativos a los medicamentos...», ob. cit., p. 1552.

expenda, envase, suministro, incluyendo la intermediación, trafique, distribuya o ponga en el mercado), básicamente referidas a la «transmisión» del medicamento (198), pero se introducen otras nuevas que adelantan aún más la capacidad de punición: anunciar o hacer publicidad, implica dar noticia o aviso de algo, publicar, proclamar, hacer saber o dar a conocer al público. En su vertiente más comercial, también supone realizar propaganda de un producto que se encuentra en venta frente a potenciales usuarios o compradores. Se diferencia, así, entre anuncio y publicidad, siendo la segunda modalidad aquella que se desarrolla en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional (199). Se considerará publicidad del medicamento tanto la dirigida al público en general, como la referida exclusivamente a los facultativos y profesionales, la distribución de muestras gratuitas, el patrocinio de eventos, etc. No se exige para que se produzca el delito que la publicidad la realice el propio fabricante del medicamento, ni tampoco que se trate de una publicidad mendaz o engañosa.

Exhibir tiene una significación mucho más amplia, pues basta con mostrar al público abiertamente el medicamento independientemente de los fines comerciales.

Sin lugar a dudas, parece criticable la heterogeneidad de las conductas descritas en relación con la protección del bien jurídico salud pública. Si tenemos en cuenta que hablamos de delitos de peligro concreto (o abstracto-concreto) y que siempre se exige el riesgo para la vida o la salud de las personas, algunas conductas recogidas en el tipo penales como la mera publicidad y la exhibición de un medicamento, pueden estar alejadas de la puesta en circulación de éste. La publicidad y exhibición de un fármaco no siempre equivale a su efectiva puesta en el mercado, ni implica la disponibilidad del mismo para los consumidores (200).

Lo mismo puede predicarse de la conducta de envasado recogida en el tipo penal que, por sí sola, no sería idónea para poner en peligro el bien jurídico protegido y que debe interpretarse desde la perspectiva de la cercanía del producto a los consumidores, esto es, generadora de un verdadero riesgo para su vida o salud.

En este sentido, se ha interpretado que se trata de conductas de cooperación necesaria para que los productos puedan llegar al consu-

---

(198) Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Comentarios...*, ob. cit., p. 1195.

(199) Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., p. 575.

(200) Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., p. 577.



midor. Anunciar o hacer publicidad, ofrecer, exhibir o envasar, constituyen actos preparatorios a la expendición o venta que se castigan como delitos consumados (201). La crítica se traslada a la falta de diferenciación penológica –al margen de la posibilidad de individualización judicial–, así como a la extensión del adelantamiento de la protección penal, puesto que conductas como el mero envasado del producto o su publicitación se encuentran más alejados del consumidor.

En cuanto al arcaico término «despachar», recuerda a la anterior regulación del delito farmacológico, en la que se interpretaba de forma amplia el verbo junto a expender como sinónimos de vender lo que entraña un precio como contraprestación (202), aunque también el primero significa atender al cliente y –lo que es relevante– enviar o entregar (203) algo a determinado lugar (204). En consecuencia, no es preciso un acto de venta ni una contraprestación mercantil, sino cualquier acto de tráfico de medicamento aún a título gratuito (205), incluso pudiendo considerarse el término despacho como envío o cambio de lugar de fuera a dentro del organismo humano, pues enviar significa hacer que algo se dirija a o sea llevado a alguna parte (206). Esta interpretación no es analógica, sino literal, y lógica con el sentido del precepto y con la no exigencia de requisito alguno en relación al sujeto activo del delito que no tiene por qué ser farmacéutico, ni titular de establecimiento abierto al público y puede ser cualquier persona (207). El hecho de transfundir puede equipararse al concepto de despacho, empleado por el texto legal (208).

Incluso, se ha diferenciado entre la mera venta de medicamentos por parte de un farmacéutico y la *dispensación* de los mismos, que no se limita a entregar un producto, sino que conlleva un acto técnico-

---

(201) Vid. RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., «Delitos relativos a los medicamentos...», ob. cit., p. 692.

(202) Vid. SSTS de 31 de enero de 1990 y de 18 de noviembre de 1991; ROMEO CASABONA, C.M., «Los delitos contra la salud pública...», ob. cit., p. 230.

(203) Al por mayor o al detalle, Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 1065.

(204) Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L. *et al.*, *Código penal concordado y comentado con jurisprudencia*. 6.ª Ed. Madrid: Wolters Kluwer, La Ley, 2017, p. 2014.

(205) Excluye del tipo penal, sin embargo, la simple facilitación, promoción o favorecimiento del consumo de modo altruista (donaciones), GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...», 2015, ob. cit. p. 1411.

(206) Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., p. 393.

(207) Vid. AAP de Madrid Sección 5.ª 63/2009, de 12 enero; Juzgado de lo Penal de Madrid, Caso Operación Puerto. Sentencia 144/2013, de 29 abril.

(208) Vid. SAP de Barcelona Sentencia de 20 de noviembre de 1989.

farmacéutico de comprobación de la prescripción, así como una mayor garantía en las condiciones del medicamento (dosificación, forma, caducidad), lo que conllevaría mayor responsabilidad (209). La interpretación actual, sin embargo, no realiza diferenciación alguna puesto que se trata de delitos comunes que no siempre requieren de la condición de facultativo, cuyo plus de responsabilidad se decidirá en la regla penológica agravatoria procedente. Lo importante, en suma, será la efectiva puesta en circulación de un medicamento potencialmente lesivo para la vida o la salud de las personas, independientemente de si se realiza mediante una relación mercantil o no.

Del mismo modo, expender es un verbo que va más allá de la actividad puramente comercial, englobando cualquier tipo de tráfico comercial, incluidos el suministro y donación sin que medie ninguna contraprestación comercial (210). En cualquier caso, no es menos cierto que entre los nuevos verbos típicos utilizados –despachar y expender– pocas son las diferencias pragmáticas e, incluso semánticas desde una interpretación literal, centrándose la discusión doctrinal en la necesidad o no de actividad comercial y el ánimo de lucro en la transmisión del medicamento. La nueva redacción de los preceptos penales es, sin lugar a duda, concluyente: lo relevante será la puesta en circulación del medicamento, independientemente de la actividad comercial o empresarial.

En el segundo párrafo se castigan los meros actos de adquisición o tenencia en depósito de los medicamentos incluidos en el art. 361 CP, lo que convierte estas modalidades en delitos de peligro abstracto muy semejantes a los de tráfico de drogas (211), siempre que dicha tenencia o adquisición se encuentre preordenada al consumo público, siendo impune la adquisición para el consumo propio (212).

El depósito consiste en encomendar o confiar a alguien esta clase de medicamentos, así como ponerlos bajo la custodia o guarda de persona física o jurídica. Al igual que en el caso de la mera adquisición, solamente podrá castigarse penalmente si se realiza con ánimo de ponerlo a disposición de terceros para su consumo o uso (213). Nuevamente, por tanto, estamos hablando del castigo de los actos prepara-

---

(209) Vid. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico...*, ob. cit., p. 289; MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., p. 401.

(210) Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., p. 399.

(211) Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Comentarios...*, ob. cit., p. 1195.

(212) Vid. GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...», 2015, ob. cit., p. 1411.

(213) De ahí que se siga considerando por la mayor parte de la doctrina como un delito de peligro concreto, pese a la mala redacción utilizada; Vid. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 1067.

torios punibles o en grado de tentativa como delitos consumados siempre que pueda demostrarse el elemento subjetivo al que hemos aludido.

La cláusula «a cualquier otro uso», utilizada en la redacción, del precepto supone una suerte de cajón de sastre, innecesaria por reiterativa («destinada al uso de terceros o a cualquier otro uso»), que pretende evitar lagunas de punibilidad.

El delito quedaría consumado con cualquiera de las conductas típicas, que se presentan de manera alternativa, sin que sea necesaria la realización de cualquier otra (214).

En cuanto a la parte subjetiva del delito, se ofrecen tanto la posibilidad dolosa como la inobservancia grave de las medidas de cuidado exigibles. El dolo debe englobar el conocimiento de que el medicamento o sustancia no cumple con los requisitos legalmente establecidos, por lo que es peligroso para la salud o la vida de las personas y para la salud pública. Por esta razón, la conducta aparece como eminentemente dolosa ya que requiere el conocimiento de la falsedad o alteración de los fármacos por parte del sujeto activo. Es posible admitir el dolo eventual cuando el delincuente se represente unas elevadas probabilidades de que los productos sean falsos o se encuentren alterados de algún modo y, sin embargo, continúe con las conductas sancionadas en el precepto. No parece posible la comisión imprudente, a pesar de la cláusula general del art. 367 CP. La única posibilidad de estimar la imprudencia para esta modalidad delictiva es que el sujeto activo, a sabiendas de la falsedad o adulteración de los productos, desconociera que con su conducta pone en peligro la vida o salud de las personas, al considerar que tal falsificación o adulteración no es nociva (215).

En el caso de la tenencia y depósito, se exige como elemento subjetivo la finalidad, es decir, el propósito de destinarlos al consumo público, por lo que será necesario demostrar esta vocación al tráfico o comercialización de los mismos en el proceso penal mediante juicios de inferencia a partir del relato fáctico probado.

#### D) ART. 362 TER CP

Nuevamente estamos ante una defraudación que afecta a los medicamentos; en concreto, este delito se configura como una falsificación

---

(214) Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., p. 571.

(215) Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 595; MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., p. 586.

documental impropia (216) cuyo objeto material principal serán los prospectos de los medicamentos, pero que también se extiende a la parte externa que se encuentra a la vista del público (envase (217), etiquetado, modo de empleo).

Como particularidad, la redacción del precepto sigue el esquema de «delito medio» para facilitar la comisión de uno de los delitos del art. 362 CP (delito fin). No obstante, a diferencia del concurso medial de delitos, este delito farmacológico medio tiene una significación más amplia que no requiere de los requisitos específicos de tal figura penal (relación de necesidad e instrumentalización del delito medio respecto al delito fin). Basta, por tanto, que el documento falsificado sirva meramente para facilitar, allanar el camino o ayudar a la comisión –aun no siendo necesario– el ulterior delito farmacológico. Otros autores entienden que, en realidad, en con este artículo lo que se pretende es castigar de forma independiente lo que no son más que actos preparatorios de las conductas tipificadas en el art. 362 CP (218).

La amplitud con la que se encuentra formulada la conducta típica ha sido objeto de crítica, interpretando algunos autores que la falsedad punible debe quedar circunscrita a aquellos documentos que sirvan a la garantía de identificación del producto: autorización para la comercialización o exportación, de conformidad, certificado de origen, ficha técnica, etiquetado, embalaje y prospecto (219).

Este ilícito penal afecta principalmente a las buenas prácticas en materia de farmacovigilancia, regulada en el RD 577/2013, de 26 de julio, en lo referente a medicamentos de uso humano y en el propio RDL 1/2015. En esta normativa se establece y controla la documentación que debe aportar el autorizado para la comercialización, con el fin de identificar, cuantificar, evaluar y prevenir los riesgos asociados una vez autorizados. El titular de la autorización de comercialización debe informar a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios de cualquier comunicación o modificación en la ficha técnica de un medicamento dirigido al público (etiqueta, composición,

---

(216) Algún autor considera redundante este precepto, puesto que podría haber encajado en conductas relativas a las falsedades o entrar dentro de las reglas generales de coautoría y participación; *Vid.* QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 1067; en similar sentido, *Vid.* MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Comentarios...*, ob. cit., p. 1196.

(217) Incluyendo tanto el embalaje exterior como el acondicionamiento primario; *Vid.* GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...», 2015, ob. cit., p. 1406.

(218) *Vid.* GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...», 2015, ob. cit. p. 1411; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, ob. cit., p. 598

(219) *Vid.* ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., «Art. 362 ter...», ob. cit., p. 352; *Vid.* GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...», 2015, ob. cit. p. 1412.

prospecto) en la que debe presentar la información de manera objetiva, sin omitir información de seguridad relevante (220).

Son posibles las modalidades dolosa e imprudente grave, bastando para que se dé la primera de ellas con el conocimiento de la falsedad del documento, además de saber que se está cometiendo o facilitando la comisión de uno de los delitos del art. 362 CP.

#### E) ART. 362 QUATER CP

En este precepto se regulan una serie de subtipos cualificados o agravados por razón del sujeto activo (autoridad, funcionario público, facultativo, profesional sanitario, docente, educador, entrenador físico o deportivo, responsables o empleados de establecimientos abiertos al público), pasivo (menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o personas especialmente vulnerables en relación con el producto) y determinados medios de comisión masivos (organización o grupo criminal, medios de difusión a gran escala, establecimientos abiertos al público).

En el primero de los grupos (sujetos activos) la agravación tiene su fundamento en el mayor desvalor de la acción cuando se aprovecha o se utiliza el cargo, profesión u oficio para facilitar la comisión del delito, conseguir mayor difusión de las sustancias y/u obrar con mayor impunidad. No se recoge expresamente el abuso de confianza en la credibilidad del fabricante o proveedor, reclamado por algún autor en la doctrina (221), sino directamente el abuso del cargo. En el segundo de los supuestos (medios específicos de comisión), la agravación se sustenta en el mayor peligro para el bien jurídico, en tanto en cuanto el propósito criminal puede subsistir al margen de las personas concretas que realicen la conducta en cada momento (222), así como la posibilidad de venta de medicamentos a través de Internet (223).

Una de las cuestiones que más preocupan en el panorama criminológico internacional actual y que justifica la incorporación de este

---

(220) *Vid.* RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., «Delitos relativos a los medicamentos...», *ob. cit.*, p. 692 y 693.

(221) *Vid.* GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...», 2015, *ob. cit.* p. 1414.

(222) *Vid.* ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., «Art. 362 quater...», *ob. cit.* pp. 353 y 354; FAKHOURI GÓMEZ, Y., «Delitos relativos a los medicamentos...», *ob. cit.* pp. 1553 y 1554.

(223) Cuestión que, sin embargo, plantea algunas dudas; *Vid.* GARCÍA ALBERO, R., «Delitos contra la salud...», 2015, *ob. cit.* p. 1414, quien advierte que para que se cumpla la previsión agravatoria será necesario probar que realmente estamos ante una red amplia de potenciales usuarios.

último tipo agravado es el tráfico ilegal de medicamentos por parte de organizaciones criminales, sobre todo a través de la venta telemática de medicamentos falsificados (224).

La introducción de los establecimientos abiertos al público aumenta considerablemente las posibilidades de que se dé una conducta agravada, puesto que en la mayor parte de los casos los medicamentos y productos sanitarios se distribuirán en farmacias y establecimientos similares. En cuanto a los medios de difusión a gran escala, deberá probarse que el alcance de los mismos permitía llegar a una gran masa de potenciales consumidores del fármaco, es decir, que realmente estamos ante una escala lo suficientemente amplia como para sustentar la agravación. Estas agravaciones se completan con un subtipo especial cuando el autor de los hechos sea empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, o autoridad o agente de la misma, en el ejercicio de su cargo (art. 372 CP).

Cuando la norma se refiere a facultativo, debe entenderse a profesional de la farmacología (farmacéutico), estableciéndose una línea divisoria con otras profesiones que pueden recetar o dispensar medicamentos también incluidas en la agravación (personal sanitario, enfermeros, etc.). No obstante, el art. 372 CP ofrece una interpretación auténtica del término «facultativo», incluyendo a los médicos, psicólogos, las personas en posesión de título sanitario, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes.

Por otra parte, en el art. 376 CP se prevé una atenuación de la pena en uno o dos grados por desistimiento y colaboración con la Administración de Justicia, «siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado». Estamos ante una manifestación del denominado Derecho penal premial que intenta buscar una efectiva colaboración del exdelincuente con la Justicia, que se ve recompensada con una importante rebaja de la punibilidad.

---

(224) Vid. JORDÁ SANZ, C. y GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., «El tráfico ilícito de medicamentos: un nuevo mercado ilegal para el crimen organizado», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17-10, 2015, pp. 1-22. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-10.pdf>

## F) OTRAS CUESTIONES RELEVANTES EN TORNO AL MEDICAMENTO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL

Además de los delitos anteriormente reseñados, es preciso puntualizar que es posible la comisión de otros ilícitos penales mediante el inadecuado suministro de sustancias medicamentosas. Así, por ejemplo, es posible la comisión de otros delitos contra la salud pública diferentes, como es el caso de los relativos a la adulteración con aditivos u otros agentes no autorizados susceptibles de causar daños a la salud de las personas de los alimentos, sustancias o bebidas destinadas al comercio alimentario (art. 364 CP).

Por ejemplo, la SAP de Badajoz (Sección 1.<sup>a</sup>) 8/2006, de 14 febrero, estima la comisión de esta clase de delito (art. 364.1.1.º CP) en su modalidad de imprudencia grave (art. 367 CP), en concurso de normas con un delito de lesiones imprudente en un caso en el que, a la luz de la prueba pericial médico forense del Instituto Nacional de Toxicología, se demostró la adulteración de un producto destinado al consumo humano con un agente no autorizado conocido como Macindol, principio activo prohibido por la Agencia Española del Medicamento, en cumplimiento de la Decisión de la Comisión Europea de 9 de marzo del año 2000, habiéndose ordenado la retirada del producto con fecha 20 de marzo del año 2000. Dicho principio activo posee una actividad de tipo anorexígeno y es estimulante del sistema nervioso central. Los informes médico-forenses son claros y rotundos en cuanto a su efecto perjudicial.

No hay que olvidar que en el fondo de algunas de estas figuras penales se erige un fraude, puesto que, en definitiva, se suministra una sustancia de calidad distinta a la que se viene obligado. En muchas ocasiones, por tanto, será posible un concurso de delitos con las denominadas defraudaciones (principalmente estafas), según el caso de que se trate, porque en ninguno de los delitos contra la salud pública relativos a los medicamentos se requiere el perjuicio patrimonial ni el ánimo de lucro (que se dará en muchos casos), porque las barreras de la protección penal se han adelantado, independizándolas de cualquier título por el que aquellas sustancias puedan entrar en el tráfico y de los resultados nocivos que su empleo pueda ocasionar. Los perjuicios patrimoniales ocasionados a la víctima, así como la indemnización por los daños ocasionados en su salud se valorarán en la responsabilidad civil (225).

Asimismo, no puede pasarse por alto que el ejercicio de actos propios de la profesión farmacéutica sin la preceptiva cobertura adminis-

---

(225) *Vid.* SAP de Castellón Sección 2.<sup>a</sup> 17/2000, de 18 octubre.

trativa constituye el delito de intrusismo, pero además la expendición misma de los medicamentos contrariando la legislación o reglamentación al respecto abre incluso la posibilidad de un concurso real de delitos entre aquél y otro contra la salud pública si se cumplen los requisitos de las diferentes figuras delictivas (226).

Finalmente, teniendo en cuenta la ya indicaba dificultad para la diferenciación entre las sustancias medicamentosas y las sustancias estupefacientes utilizadas como drogas, es preciso hacer mención de la regulación penal de los denominados precursores.

A pesar de los controles internacionales y la fiscalización de las sustancias conceptualizadas como drogas, el uso indebido de sustancias medicamentosas es bastante frecuente debido a la proliferación de los denominados mercados ilegales de fármacos. La venta de determinados medicamentos a través de Internet ha propiciado el desvío de éstos a la fabricación y al tráfico ilegal de drogas tóxicas, sustancias estupefacientes o psicotrópicas.

La Ley 4/2009, de 15 de junio, de control de precursores de drogas (227), regula esta clase de sustancias químicas, que se desvían de su curso legal y se utilizan para la elaboración de distintos tipos de drogas, se producen fundamentalmente en países desarrollados. No obstante, advierte en su Exposición de Motivos que «dichas sustancias se destinan fundamentalmente a la fabricación industrial de importantes derivados muy corrientes y necesarios en nuestra sociedad y que, por lo tanto, su control debe dirigirse únicamente a evitar su desvío para la elaboración ilícita de drogas, sin interferir en el normal funcionamiento de su fabricación y comercio». El control penal, por tanto, debe ser mínimo y especialmente garantista.

En su art. 5 se establecen las infracciones administrativas en materia de precursores de drogas, definiéndolas como las acciones y omisiones, incluso a título de simple negligencia, que sean contrarias a las obligaciones y deberes establecidos en la normativa europea (228). Además, se indica expresamente que serán responsables de las infracciones administrativas en materia de precursores de drogas las personas físicas o jurídicas que por acción u omisión incurran en los supuestos tipificados como infracciones.

---

(226) *Vid.* SAP de Castellón Sección 2.<sup>a</sup> 17/2000 de 18 octubre; STS de 21 de mayo de 1992.

(227) *BOE* núm. 145, de 16 de junio de 2009.

(228) Reglamento 273/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero; en el Reglamento 111/2005, del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, y en el Reglamento 1277/2005, de la Comisión, de 27 de julio.



En el art. 3 de la norma citada, se expone que en el Ministerio del Interior existirá un Registro General de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas en el que se inscribirán en la forma que se determine reglamentariamente, las personas físicas y jurídicas que realicen operaciones con sustancias catalogadas, conforme se establece en el Reglamento 273/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero. Asimismo, en el Ministerio de Economía y Hacienda existirá un Registro de Operadores de Comercio Exterior de Sustancias Químicas Catalogadas en el que se inscribirán en la forma que se determine reglamentariamente, las personas físicas y jurídicas que realicen operaciones con sustancias catalogadas conforme se establece en el Reglamento 111/2005, del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, y en el Reglamento 1277/2005, de la Comisión, de 27 de julio.

Los medicamentos que incluyen principios activos susceptibles de desvío para la fabricación de drogas han sido incluidos en los cuadros I y II de la Convención de Naciones Unidas, celebrada en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Respecto a la regulación penal en materia de precursores de drogas, el art. 372 CP incluye el delito de fabricación, transporte, distribución, comercio o posesión de equipos, materiales o sustancias de precursores, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines. A sabiendas de la habitual comisión corporativa de esta clase de delitos, el propio precepto incluye una agravación cuando las personas que realicen estos hechos pertenezcan a una organización dedicada a tales fines y cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.

## V. EL ERROR DE MEDICACIÓN Y LAS INTOXICACIONES MEDICAMENTOSAS

Una de las problemáticas jurídicas más frecuentes en el campo de los medicamentos es el posible error médico o farmacéutico en su elaboración o prescripción y suministro. En principio, la mayor parte de los errores de medicación quedarán fuera del control judicial al tratarse de hechos en los que no media una verdadera culpa médica o farmacéutica, siendo solamente imputables al facultativo cuando se

producen por una inobservancia de los cuidados exigibles por la normativa administrativa (229).

En términos estrictamente criminológicos la estadística de los delitos derivados de esta clase de conductas mantiene, sin embargo, una cifra negra bastante elevada: el número de supuestos denunciados de error de medicación es escasa, bien porque las consecuencias del hecho no son percibidas y pasan desapercibidas para las agencias de control social; o, simplemente, porque en la mayor parte de los casos en los que son detectados no provocan un grave daño o deterioro en la salud de los pacientes (230).

Siguiendo a Otero, Martín, Robles y Codina, entendemos como error de medicación a todo aquel fallo que se produce en cualquiera de los procesos del sistema de utilización de los medicamentos (*drug-use-system error*) (231). Los autores precitados recogen la definición ofrecida por el *National Coordinating Council for Medication Error Reporting and Prevention* (1998) de error de medicación como «cualquier incidente prevenible que puede causar daño al paciente o dar lugar a una utilización inapropiada de los medicamentos, cuando éstos están bajo el control de los profesionales sanitarios o del paciente o consumidor. Estos incidentes pueden estar relacionados con la práctica profesional, con los productos, con los procedimientos o con los sistemas, incluyendo fallos en la prescripción, comunicación, etiquetado, envasado, denominación, preparación, dispensación, distribución, administración, educación, seguimiento y utilización». Los fallos que se producen en esta clase de procesos no permiten alcanzar las denominadas cinco «cés»: la dosis correcta del medicamento correcto, administrada al paciente correcto, a través de la vía correcta, en el momento correcto.

Un error de medicación puede producir un «acontecimiento adverso por medicamentos» que, a su vez, pueden ser prevenibles y no prevenibles. Los prevenibles son aquellos acontecimientos adversos por medicamentos causados por un error de medicación pues,

---

(229) Vid. GARCÍA HERNÁNDEZ, T., *Elementos de Derecho sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis*. Madrid: Edisofer, 2002, p. 25.

(230) Vid. BEL, E. y SUÑÉ, J.M., «Aspectos legales de los errores de medicación. La responsabilidad del farmacéutico», en LACASA, C., HUMET, C. y COT, R., *Errores de medicación, prevención, diagnóstico y tratamiento*. Sociedad Española de Farmacia Hospitalaria y Sociedad Española de Calidad Asistencial, EASO, Barcelona, 2001, p. 47.

(231) Vid. OTERO M.J., MARTÍN, R., ROBLES, M.D. y CODINA, C., «Errores de medicación», en GAMUNDI PLANAS, M.C. (Coord.). *Farmacia Hospitalaria*. 3.ª ed. Madrid: SEFH, 2002, p. 715.

habiendo podido evitarse, no se han tomado las preocupaciones necesarias para ello. Por otra parte, existe el concepto de «acontecimiento adverso potencial» que se produce ante un error grave de medicación que podría haber causado un daño, pero que no lo llegó a causar, bien por un hecho fortuito o bien porque fue interceptado antes de que llegara al paciente. Solamente los efectos adversos que generan daño conllevan algún tipo de responsabilidad, mientras que los efectos adversos potenciales podrán ser utilizados como una medición del riesgo para la vida o la salud de los consumidores en los delitos farmacológicos que, al ser considerados de peligro, no requerirán la producción de una efectiva lesión.

Al respecto, Otero y Domínguez-Gil realizan un esquema que establece la relación entre accidentes con medicamentos, acontecimientos adversos por medicamentos, reacciones adversas a medicamentos y errores de medicación en el que se muestra que solamente un pequeño porcentaje de las reacciones adversas a medicamentos generadores de daños graves contra la salud proviene realmente de errores de medicación prevenibles mediante la observancia del cuidado debido (232).

Al tratarse de un error, esto es, una equivocación, negligencia o conducta desacertada, debe entenderse que, de cara a solicitar la debida responsabilidad del médico o facultativo, siempre nos moveremos en el campo de la negligencia o, en términos penales, de la imprudencia. No obstante, aunque focalizaremos nuestro interés en la cuestión delictual, hay que tener presente que la mayor parte de los errores de medicación no dan lugar a hechos delictivos imprudentes. En primer lugar, porque para que un error de medicación sea tratado como un hecho delictivo debe incurrir una imprudencia de carácter grave, esto es, aquella en la que falla la observancia del deber de cuidado más elemental. Tratándose, además, de facultativos, esta inobservancia del deber exigible de cuidado puede deberse a la ignorancia de los elementos más básicos de la denominada *lex artis*, es decir, el conjunto de normas y técnicas que instruyen la profesión médica o farmacéutica. En segundo lugar, porque para el establecimiento de una responsabilidad penal se tendrán que superar unos mínimos de gravedad, de modo que no se vulneren los principios de mínima intervención, *ultima ratio* y lesividad que informan y limitan el Derecho penal. En la práctica, la mayor parte de los errores de medicación son de carácter leve y no generan ningún daño a los pacientes. Lo más

---

(232) Vid. OTERO, M. J., y DOMÍNGUEZ-GIL, A., «Acontecimientos adversos por medicamentos: una patología emergente», en *Farmacia Hospitalaria*, n.º 24, 2000, pp. 258-266.

habitual será, por tanto, que se establezcan otro tipo de responsabilidades, tales como la administrativa o la civil.

En cuanto a las conductas concretas por las que es posible reclamar algún tipo de responsabilidad, debemos diferenciar entre la profesión de médico y la de farmacéutico:

Los médicos tendrán responsabilidad en la fase de prescripción del medicamento, donde deberán evaluar correctamente la necesidad del mismo y seleccionar el medicamento adecuado para el régimen terapéutico individualizado del paciente. Su responsabilidad se basa en el establecer de una respuesta terapéutica adecuada y deseada para la dolencia o enfermedad que sufre el paciente.

El farmacéutico es responsable de aquellos medicamentos que elabora, de tal modo que es preciso su identificación como colegiado en el preparado de los mismos. Su responsabilidad abarca la garantía de idoneidad de los productos utilizados en la elaboración, por lo que será necesario que los analice personalmente. Esta cuestión puede ser bastante polémica en algunas ramas de responsabilidad como, por ejemplo, en la penal, puesto que será frecuente que el farmacéutico utilice productos preelaborados por laboratorios que sirvan para la mezcla final. En estos casos, los laboratorios suelen certificar la calidad e idoneidad de estos productos. Parece lógico que el farmacéutico confíe en tales controles de calidad a la hora de elaborar con esos productos otros preparados. No obstante, como indican Bel y Suñé «incluso en el caso de utilizar productos farmacéuticos con certificado de análisis de un centro homologado, el farmacéutico se responsabiliza desde el momento que abre el envase precintado y lo utiliza, por lo que es recomendable hacer por lo menos un ensayo de identificación del producto para evitar un siempre posible error en el envasado» (233). El facultativo se convierte, de este modo, en una pieza clave en la garantía de todos los componentes del preparado medicamentoso. Que su responsabilidad sea de carácter meramente administrativo y civil, o se interne en el terreno de lo penal, dependerá de la diligencia con la que realice tales comprobaciones y de la puesta en peligro para la vida o integridad de los consumidores del producto medicamentoso.

Los errores en la técnica de elaboración, que abarca las determinaciones ponderales, la pericia concreta aplicada, el envasado y el etiquetado, también son responsabilidad del farmacéutico. En caso de que el facultativo delegue una parte o el control de la elaboración del medicamento a un tercero, solamente asumirá la responsabilidad de

---

(233) *Cfr.* BEL, E. y SUÑÉ, J.M., «Aspectos legales de los errores de medicación...», *ob. cit.*, p. 59.

aquella parte que le corresponda. Sin embargo, será completamente responsable cuando encargue la totalidad del preparado a un laboratorio que en ningún caso está autorizado para hacerlo. Aparte la elaboración propiamente dicha que comprende las fórmulas magistrales, preparados oficinales, fórmulas normalizadas, nutriciones artificiales, reconstituciones, redosificaciones, reenvasados, etc., tiene responsabilidad plena en el reenvasado en dosis unitarias ya que modifica las condiciones originales del producto de las que era responsable el fabricante.

Una de las cuestiones más controvertidas en relación con el error de medicación son los límites de los denominados ensayos clínicos con nuevos medicamentos aún no aprobados (234). El ensayo clínico es un método experimental que trata de desarrollar hipótesis, y se compone de varias fases, tal y como se expone en la normativa legal existente al respecto, y que en personas humanas el producto sometido a ensayo se puede aplicar solamente cuando tras realizar cultivos de células, y se ha valorado la tolerancia, efectividad, y respuestas, se ha comprobado que sí es útil o válido para sustituir el tratamiento validado que se venía utilizando. En definitiva, el ensayo clínico tiene como objetivo demostrar la efectividad de un producto (235).

El Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios Clínicos (236) define y diferencia los conceptos de Estudio Clínico y Ensayo Clínico.

En su art. 2.h el concepto de Estudio clínico como «toda investigación relativa a personas destinada a: 1.º Descubrir o comprobar los efectos clínicos, farmacológicos o demás efectos farmacodinámicos de uno o más medicamentos. 2.º Identificar cualquier reacción adversa a uno o más medicamentos. 3.º Estudiar la absorción, la distribución, el metabolismo y la excreción de uno o más medicamentos, con el objetivo de determinar la seguridad y/o eficacia de dichos medicamentos».

En el numeral 2.i de la misma normativa se conceptualiza al Ensayo clínico como un estudio clínico que cumpla cualquiera de las siguientes condiciones: 1.º Se asigna de antemano al sujeto de ensayo a una estrategia terapéutica determinada, que no forma parte de la

---

(234) Vid. RUIZ GARCÍA, J.A., «Aspectos jurídicos de la medicina personalizada», en *InDret* 2/2005, pp. 13 y ss.

(235) Vid. SAP de Castellón Sección 2.ª Sentencia núm.. 17/2000 de 18 octubre.

(236) BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 2015.

práctica clínica habitual del Estado miembro implicado. 2.º La decisión de prescribir los medicamentos en investigación se toma junto con la de incluir al sujeto en el estudio clínico. 3.º Se aplican procedimientos de diagnóstico o seguimiento a los sujetos de ensayo que van más allá de la práctica clínica habitual.

Por otra parte, en la normativa precitada (art. 2.j) se concretan otros términos, como el de Ensayo clínico de bajo nivel de intervención, que se trata de un ensayo clínico que cumpla todas las condiciones siguientes: 1.º Los medicamentos en investigación, excluidos los placebos, están autorizados. 2.º Según el protocolo del ensayo clínico: 1.ª Los medicamentos en investigación se utilizan de conformidad con los términos de la autorización de comercialización, o 2.ª el uso de los medicamentos en investigación se basa en pruebas y está respaldado por datos científicos publicados sobre la seguridad y eficacia de dichos medicamentos en investigación en alguno de los Estados miembros implicados. 3.º Los procedimientos complementarios de diagnóstico o seguimiento entrañan un riesgo o carga adicional para la seguridad de los sujetos que es mínimo comparado con el de la práctica clínica habitual en alguno de los Estados miembros implicados. Finalmente, se diferencia el concepto de ensayo clínico del de «Estudio observacional», que es todo estudio clínico distinto de un ensayo clínico. En el art. 58 del RDL 1/2015 se recogen idénticas definiciones, ampliándose, no obstante, la de estudio observacional, que se concreta como el estudio en el que los medicamentos se prescriben de la manera habitual, de acuerdo con las condiciones establecidas en la autorización.

Conforme a los arts. 58 y 59 del RDL 1/2015 existen una serie de garantías de idoneidad que deben cumplir los ensayos clínicos, incluidos los estudios de biodisponibilidad y bioequivalencia, debiendo éstos ser diseñados, realizados y comunicados de acuerdo con las normas de «buena práctica clínica» y con respeto a los derechos, la seguridad y el bienestar de los sujetos del ensayo, que prevalecerán sobre los intereses de la ciencia y la sociedad. Los ensayos clínicos con medicamentos en investigación estarán sometidos a régimen de autorización por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.

La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios podrá interrumpir en cualquier momento la realización de un ensayo clínico o exigir la introducción de modificaciones en su protocolo, en los casos siguientes: a) Si se viola la ley. b) Si se alteran las condiciones de su autorización. c) Si no se cumplen los postulados éticos reco-

gidos en la norma administrativa. d) Para proteger la salud de los sujetos del ensayo. e) En defensa de la salud pública.

La responsabilidad del farmacéutico o el médico –cada uno de ellos en el desempeño de sus funciones de receta, elaboración y suministro– no se limita a un único campo de nuestro ordenamiento jurídico. La responsabilidad por el error de medicación puede describirse en clave administrativa, civil, penal y deontológica o disciplinaria.

La mala administración de un medicamento puede generar diferentes focos de responsabilidad criminal para el médico o el farmacéutico; las tipologías penales más frecuentes que se encuentran dentro del radio de acción de esta conducta serían: la provocación de abortos no deseados (art. 146 CP) o lesiones al feto (art. 158 CP) a causa de la administración de un medicamento; la generación de lesiones (art. 152 CP), de diferente intensidad, por menoscabo de la salud e integridad física o psíquica del paciente; el denominado delito farmacológico (arts. 361 CP y ss.) relativo a la elaboración, suministro, intermediación, ofrecimiento de medicamentos que estuvieran deteriorados, caducados o incumplieran las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, y con ello se genere un riesgo para la vida o la salud de las personas.

Es importante tener en cuenta que, en la mayor parte de los casos de error de medicación, estaremos ante figuras delictivas de resultado (lesiones, abortos y, en el peor de los casos, homicidios imprudentes) en supuestos individualizables. Mientras que en el delito farmacológico se castigan conductas de distribución más amplia, lo habitual en los supuestos de error de medicación es que la conducta se encuentre aislada. Así, por ejemplo, podrá darse el caso de responsabilidad penal de los médicos, farmacéuticos y sanitarios por la inadecuada prescripción o aplicación de un medicamento en referencia a la dosis (237), el uso equivocado de un medicamento por otro (238), la prescripción de un medicamento a un sujeto alérgico a sus principios activos (239). En todos estos supuestos, sin embargo, la responsabilidad de los facultativos se establece de manera individualizada y atendiendo al resultado producido sobre el bien jurídico individual (integridad física o vida) de los pacientes afectados.

En cuanto a la responsabilidad del farmacéutico en la correcta administración de los medicamentos en el ámbito de la relación mer-

---

(237) *Vid.* STS de 27 de mayo de 1988; SAP Barcelona 724/2002, de 22 de octubre.

(238) *Vid.* SAP Sevilla 52/2011, de 13 de mayo.

(239) *Vid.* SAP Barcelona 93/2004, de 26 de enero; SAP Albacete 70/2002, de 15 de abril; STS 790/1995, de 21 de junio.

cantil propia de la industria farmacéutica, esta puede ser: inmediata, cuando sea el titular empresarial de la farmacia el que ejecute el hecho –en este caso el error de medicación– de modo directo; mediata, cuando el titular de la farmacia utiliza a otro sujeto subordinado (normalmente un auxiliar de farmacia o un dependiente) para que realice el hecho y actúe como instrumento; o mediante la delegación de funciones, en la que el titular de la farmacia traspasa a otros determinados ámbitos de su poder y facultades para agilizar la actividad de la empresa. En los primeros dos supuestos puede hablarse de una responsabilidad directa del farmacéutico por el error de medicación, mientras que, en el último, dependiendo de la autonomía, el nivel de conocimiento y las competencias técnicas de los sujetos en los que se delegue y la merma para la seguridad que implique tal atomización del trabajo, podemos hablar de coautoría e, incluso, de comisión por omisión por vulneración del deber de vigilancia (240).

Pueden encontrarse algunos ejemplos de condenas por la elaboración incorrecta de fórmulas magistrales por parte del farmacéutico en nuestra jurisprudencia (241).

Internándonos sucintamente en el ámbito del estudio de la Criminológica, una de las principales inquietudes de la Medicina legal en el campo del medicamento son los crímenes producidos por intoxicaciones farmacológicas, así como su diferenciación respecto a los accidentes y suicidios de idéntico origen. Serán las Ciencias forenses las que ayuden a determinar esta clase de sucesos, así como a presentar, mediante el correspondiente informe pericial, las pruebas de los mismos en un proceso penal. En concreto, la Toxicología forense, como ciencia auxiliar de la Administración de Justicia, que estudia los efectos adversos de las sustancias y productos químicos (entre ellos los medicamentos) sobre los organismos vivos así como los mecanismos de acción, diagnóstico, prevención y tratamiento de las intoxicaciones de cara a constatar su evidencia en un proceso judicial.

Los medicamentos pueden convertirse en sustancia tóxicas o venenosas por diferentes motivos: sobredosificación, interacción, potenciación por el uso de otras sustancias, malos usos, por idiosincrasia personal del consumidor, vía de administración equivocada, etc. (242).

(240) Vid. MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos...*, ob. cit., p. 364.

(241) Vid. SSAP de Barcelona, Sala Penal, de 22 de octubre de 2002, y de 13 de julio de 2001; RUIZ GARCÍA, J.A., «Aspectos jurídicos de la medicina...», ob. cit., p. 12.

(242) Vid. PÉREZ PINEDA, B. y GARCÍA BLÁZQUEZ, M., *Manual de Medicina legal para profesionales del Derecho*. Granada: Comares, 1990, p. 162.



Es cuestión principal determinar el origen y alcance de la intoxicación, pues no siempre estará relacionada con la producción de un delito doloso. En ocasiones, es posible que una intoxicación farmacológica se produzca por una imprudencia en su receta; a una negligencia del propio consumidor de la sustancia; e, incluso, puede que esta clase de hechos que se encuentre extramuros de la responsabilidad penal por una falta de imputación objetiva del sujeto que prescribió o facilitó el medicamento que provoca la intoxicación, debiéndose ésta a condiciones concretas del sujeto e imprevisibles para quien suministró el fármaco. Así, los efectos patológicos del medicamento en relación con las consecuencias legales de una intoxicación pueden clasificarse en (243):

a) *Intoxicaciones en sentido estricto*: consecuencia de sobredosificaciones del fármaco. Pueden dar lugar a hechos delictivos dolosos e imprudentes si se suministra la sustancia en una dosis excesiva a un tercero. En cuanto a la dosis, se maneja una terminología específica en orden a diferenciar unos y otros tipos de intoxicación por medicamentos (en sentido estricto o accidentes terapéuticos). Así, la dosis eficaz es aquella mínima necesaria para que el fármaco haga efecto; la dosis óptima, a la mínima cantidad con la que se llega al máximo efecto terapéutico favorable del fármaco; y, finalmente, dosis letal es la que conduce a la muerte. Por amplitud de dosis se entiende a la que marca la escala entre la dosis óptima y la dosis letal que, a diferencia del resto de tóxicos, suelen estar determinadas legalmente en el caso de los fármacos (244). Otro concepto que suele manejarse es el de Dosis Letal 50, que se define como la dosis que causa la muerte al 50% de los individuos que la reciben (245). En el caso de que sea el propio sujeto quien, sin prescripción médica o ignorando las instrucciones de los facultativos, consume un exceso de la dosis recomendada intencionalmente, podemos encontrarnos ante la causa de un suicidio.

b) *Accidentes terapéuticos*: debido a una sensibilidad especial del sujeto ante una dosis normal.

---

(243) Vid. GISBERT CALABUIG, J. A. y GISBERT GRIFO, M. S., «Intoxicaciones por medicamentos», en GISBERT CALABUIG, J. A., *Tratado de Medicina legal y Toxicología*. Barcelona: Masson, 1998, pp. 793 y 794.

(244) Vid. PÉREZ PINEDA, B. y GARCIA BLÁZQUEZ, M., *Manual de Medicina legal...*, ob. cit., p. 163.

(245) Vid. GARCÍA, E., VALVERDE, E., AGUDO, M.A., NOVALES, J. y LUQUE, M.I., «Toxicología clínica», en GAMUNDI PLANAS, M. C. (Coord.); *Farmacología Hospitalaria*, 3.ª ed. Madrid: SEFH, 2002, p. 668.

c) *Accidentes con asociaciones con otros fármacos*, tales como reacciones alérgicas cruzadas, combinación de efectos de los medicamentos, etc.

Por tanto, en cuanto a la etiología médico-legal de las intoxicaciones medicamentosas pueden distinguirse cuatro formas:

a) *Intoxicaciones accidentales*: accidentes medicamentosos puros e imprevisibles, puesto que no existe ningún error en la prescripción, vía de administración y toma de la dosis del fármaco; accidentes medicamentosos por autoprescripción; errores en la administración de los medicamentos, que pueden dar lugar a responsabilidad civil o penal por imprudencia grave; incompatibilidades con otros fármacos; intoxicaciones por sobredosis en menores o por olvido (automatismo) del propio paciente, etc.

b) *Intoxicaciones voluntarias y suicidas*: envenenamientos voluntarios o intoxicaciones voluntarias de sujetos adictos a esta clase de sustancias, intoxicaciones sociales (costumbres o modas que llevan al mal uso y abuso de algunos fármacos) o el *doping* entran dentro de esta categoría (246).

c) *Envenenamientos o intoxicaciones criminales*.

d) *Intoxicaciones suplicio*: uso de los medicamentos como medio de ejecución de la pena de muerte en algunos países.

Las restricciones en la dispensación de los fármacos y la información contenida en sus prospectos son el principal medio de prevención para la evitación de las intoxicaciones accidentales. Sin embargo, estadísticamente son aún las más frecuentes, siendo las más comunes las accidentales, seguidas de los suicidios por intoxicación medicamentosa. Por otra parte, no es frecuente que se utilicen los medicamentos como instrumentos para cometer un hecho delictivo de forma directa, debido a diversas razones: dificultades para acceder a determinados fármacos peligrosos, dificultades para la administración de una dosis verdaderamente letal, etc. No obstante, existen casos de lesiones o muertes por envenenamiento producidos por fármacos. En el caso de fallecimiento de la víctima nos encontraremos en la mayor parte de los casos ante un asesinato, puesto que el uso de un veneno —en este caso, el propio medicamento— da lugar a una evidente indefensión de la víctima, siendo un método de matar alevé que, precisa-

---

(246) Vid. GARCÍA, E., VALVERDE, E., AGUDO, M. A., NOVALES, J. y LUQUE, M.I., «Toxicología...», ob. cit., pp. 671 y 672.

mente, integra una de las posibles modalidades del asesinato conforme al art. 139 CP.

Con más frecuencia se utilizan los medicamentos como instrumentos de comisión de otros delitos en la modalidad conocida como sumisión química, esto es, como vehículo medial para debilitar a la víctima. Tal es el caso de los delitos patrimoniales o, de forma más evidente, en los delitos contra la libertad sexual, habiéndose previsto específicamente esta circunstancia en el art. 181.2 CP («anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos»).

Cabe distinguir entre intoxicaciones agudas e intoxicaciones crónicas, así como entre efectos inmediatos y diferidos, con cierta significación legal. Así, las primeras son aquellas en las que la intoxicación se produce en una unidad de tiempo corta, con una exposición al riesgo también corta; las segundas, son consecuencia de la exposición al fármaco de modo continuado en el tiempo y con efectos acumulativos y diferidos en el tiempo. Las intoxicaciones agudas producen normalmente efectos inmediatos y fulminantes, nada más penetrar en el organismo y frecuentemente depende de la dosis y la composición del medicamento. En el caso de las intoxicaciones crónicas los efectos suelen ser diferidos, dependiendo del tiempo de ingesta del medicamento y de otras causas ajenas al mismo, tales como la propia persona que lo consume, la vía de administración, etc. La relevancia legal de unas y otras es especialmente importante para el Derecho penal, puesto que en el caso de las intoxicaciones crónicas y de efectos diferidos pueden surgir problemas a la hora de establecer la causalidad entre la acción del fármaco y los posibles resultados lesivos para la vida o la salud del consumidor. Por otra parte, en el caso de efectos a largo plazo podemos encontrarnos con una problemática en el área de la imputación objetiva, cuando los efectos perniciosos para la salud del consumidos no son inmediatos, sino que son acumulativos en el tiempo o surgen en un intervalo de tiempo muy posterior a la ingesta del medicamento. En este último caso, el responsable de su administración solamente podrá responder penalmente por aquellos efectos que hayan aparecido hasta la fecha de terminación del proceso penal, es decir, cuando se dicte sentencia firme.

Según informan García, Valverde, Agudo, Novales y Luque una de las problemáticas que más frecuentemente pasa desapercibida, es la posibilidad de intoxicación por medicamentos, tanto en el medio hospitalario como ambulatorio, por la similitud de los envases –denominados «*blisters*»– o por su dificultosa lectura, etc., sobre todo cuando

se individualizan estos *blister* y quedan ciertas unidades sin identificación alguna (247).

Las intoxicaciones por medicamentos responden igualmente al metabolismo propio de los tóxicos en el que se diferencian varias fases de interés médico-legal (248): absorción del medicamento por parte del consumidor, lo que puede producirse por diversas vías dependiendo del modo de administración (ingesta, inhalación, tópico, etc.); fijación en el organismo, habitualmente por expansión en el torrente sanguíneo; reacción de los diversos órganos frente a la sustancia medicamentosa; depósitos o almacenaje en distintos puntos del organismo; transformación de la sustancia al entremezclarse con otras o con los humores del cuerpo; y, en aquellos casos en los que no media el depósito, la excreción de parte de la sustancia (saliva, orina, heces, etc.).

Estas fases, a excepción de la absorción del fármaco, siempre necesaria para que se puedan producir las demás, no tienen por qué darse en todos los supuestos o, al menos, no en la misma intensidad en todos los organismos, ni tienen una regularidad cronológica concreta.

En cuanto a la investigación de las intoxicaciones farmacológicas, se suelen considerar cuatro fases fundamentales (249): extracción, purificación del extracto, fraccionamiento de éste por grupos e identificación del medicamento. En muchas ocasiones, la sintomatología de las intoxicaciones medicamentosas es muy similar para varios tipos de fármacos, lo que dificulta en exceso la identificación concreta. Para solucionar esta clase de problemas es frecuente que los laboratorios farmacéuticos o firmas comerciales de medicamentos ofrezcan kits completos que faciliten una primera aproximación diagnóstica.

Además de las matrices tradicionales de muestras biológicas, también será necesario el estudio de matrices no biológicas relacionadas directamente con la resolución de los casos, tales como la parafernalia que aparece en la escena del crimen y, en concreto, los medicamentos, su envase o prospecto. Así, se debe recoger la totalidad de la muestra disponible y, a ser posible, el envase que la contenía, o cualquier otro dato que pueda ayudar a su identificación (250). En los supuestos de muerte por ingesta masiva de medicamentos se procederá a la identificación de los principios activos con interés toxicológico, además de

---

(247) Vid. GARCÍA, E., VALVERDE, E., AGUDO, M. A., NOVALES, J. y LUQUE, M. I., «Toxicología...», ob. cit., p. 670.

(248) Vid. LÓPEZ GÓMEZ, L. y GISBERT CALABUIG, J. A., *Tratado de Medicina legal...*, ob. cit., pp. 163 y 164.

(249) Vid. GISBERT CALABUIG, J. A. y GISBERT GRIFO, M. S., «Intoxicaciones...», ob. cit., p. 795.

(250) Vid. GARCÍA, E., VALVERDE, E., AGUDO, M.A., NOVALES, J. y LUQUE, M. I., «Toxicología...», ob. cit., p. 706.

en el cadáver, en las botellas, vasos, platos u otros utensilios cercanos al mismo.

Para la detección de medicamentos en barridos toxicológicos y la confección de informes periciales sobre la prueba de un determinado supuesto se utilizan varias técnicas analíticas, tales como los *test de screening* de amplio espectro, que deben ser conformados posteriormente por una segunda técnica basada en un principio químico diferente.

El Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses es el organismo que emite los informes sobre toxicología para la Administración de Justicia como órgano adscrito al Ministerio de Justicia. El Servicio de Química y Drogas (251) realiza informes periciales en los que incluye estudios toxicológicos *postmortem* encaminados a determinar la ausencia o presencia de fármacos, al objeto de determinar su papel y relevancia en la causa de la muerte; asimismo, en personas vivas también puede emitir informes periciales al objeto de determinar la presencia de fármacos en su organismo, como método de esclarecimiento de las circunstancias en las que se encontraba la persona –ya sea el sujeto activo o pasivo– en el momento de la comisión del hecho delictivo. Finalmente, también se emitirán estudios toxicológicos de muestras no biológicas, para determinar su significación toxicológica, composición e identificación de principios activos, calidad, etc. (por ejemplo, para la identificación de fármacos deteriorados o alterados en su composición).

En el Cuerpo Nacional de Policía existe un Laboratorio Químico con un área de trabajo específica en Química toxicológica cuya importancia ha aumentado considerablemente en las últimas décadas por su incidencia en el estudio y análisis de los fármacos de abuso. Asimismo, hay que tener en cuenta también que dentro del ámbito de la analítica forense, existen multitud de sustancias sólidas con estructura cristalina además de los minerales, entre ellos algunos medicamentos, susceptibles de ser analizadas por difracción de rayos X (252).

En cuanto a las intoxicaciones más comunes por medicamentos, algunos tratados de Medicina legal han recopilado los principales

---

(251) Vid. DOLZ LAGO, M. J. (Dir.) y FIGUEROA NAVARRO, M. C. (Coord.): *La prueba pericial científica*. Madrid: Edisofer, 2012, pp. 349 y ss.

(252) Vid. RAMÍREZ PÉREZ, F. *et al.*, «Laboratorio Químico», en OTERO J. M. (Ed.): *Policía Científica: Cien Años al Servicio de la Justicia*. Madrid: Ministerio del Interior, 2011, pp. 172 y 180.

indicios para su detección. A modo de resumen, indicamos algunas de las evidencias en los supuestos más frecuentes (253):

1. *Salicilatos*: compuestos derivados del ácido salicílico, como la aspirina. Puede darse una intoxicación en el caso de menores (254), siendo su etiología más habitual la accidental. Las intoxicaciones agudas producen un síndrome complejo de manifestaciones tóxicas, tales como: alteraciones metabólicas del equilibrio ácido-base (alcalosis respiratoria, acidosis metabólica), deshidratación, hiperpirexia, sensación de calor, rubefacción, sudoración, tinnitus (zumbido en los oídos), hipoacusia, alteraciones de la glucemia y signos de disfunción cerebral; síntomas gastrointestinales como náuseas y vómitos con dolor epigástrico y hematemesis; alteraciones del sistema nervioso central (cefaleas, estados confusionales, desorientación, sordera, hiperactividad, agitación, lenguaje incoherente, etc.); así como algunos trastornos hematológicos, renales, pulmonares y hepáticas.

2. *Paracetamol*: se trata de un fármaco poco tóxico, aunque puede ser utilizado como método de suicidio. Sus manifestaciones clínicas son poco manifiestas: náuseas y vómitos e inflamación hepática. No existen alteraciones graves del sistema nervioso central, ni tampoco estados alterados de confusión hasta que la intoxicación no es tan grave como para desarrollar un cuadro de insuficiencia hepática. La intoxicación aguda por paracetamol presenta tres características: 1. El órgano diana es el hígado. También pueden afectarse otros órganos aunque muy raramente. 2. La clínica inicial (primeras 12-24 h) es, en general, asintomática o leve incluso en los casos que desarrollarán después una alta toxicidad. 3. Es una intoxicación potencialmente muy grave, incluso letal.

3. *Antihistamínicos*: fármacos que sirven para reducir o eliminar los efectos de las alergias, que actúa bloqueando la acción de la histamina en las reacciones alérgicas, a través del bloqueo de sus receptores (rinitis y con la dermatitis alérgica). En el caso de intoxicaciones

---

(253) Vid. GISBERT CALABUIG, J.A. y GISBERT GRIFO, M.S., «Intoxicaciones...», ob. cit., pp. 795 y ss.; OSÉS, I., BURILLO-PUTZE, G., MUNNÉ, P., NOGUÉ, S. y PINILLOS, M.A., «Intoxicaciones medicamentosas (I). Psicofármacos y antiarrítmicos», en *ANALES Sis San Navarra*, n.º 26 (Supl. 1), 2003, pp. 49-63; MUNNÉ, P., SÁENZ BAÑUELOS, J.J., IZURA, J.J., BURILLO-PUTZE, G., y NOGUÉ, S., «Intoxicaciones medicamentosas (II). Analgésicos y anticonvulsivantes», en *ANALES Sis San Navarra*, n.º 26 (Supl. 1), 2003, pp. 65-97; MELGAR ALVARADO, C., «Envenenamiento por medicamentos», en *Revista de Actualización Clínica*, Vol. 36, 2013, pp. 1847-1851.

(254) Vid. CARTAGENA PASTOR, J. M. (Coord.), *Manual de Medicina legal para juristas*. Santo Domingo: Editora Ortega, 2016, p. 167.

graves se observa el siguiente cuadro clínico: alucinaciones, ataxia, desorientación, movimientos incoordinados y convulsiones.

4. *Ansiolíticos (benzodiacepinas)*: las benzodiacepinas son los psicofármacos más prescritos y producen intoxicaciones con mayor frecuencia que los fármacos anteriormente expuestos, habitualmente de modo accidental o autoprovocado. Es muy difícil que una intoxicación únicamente con benzodiacepinas ponga al paciente en una situación grave. Consumidas aisladamente pueden producir somnolencia, depresión respiratoria, hipotensión, ataxia y, finalmente, pueden inducir al consumidor a un coma no muy profundo. Asociadas con otros fármacos (barbitúricos, etanol, antidepresivos) aumentan su peligrosidad y pueden llegar a producir la muerte por sobredosis.

5. *Antidepresivos*. Se dividen en dos grandes grupos farmacológicos: los inhibidores de la monoamino-oxidasa (iproniacida y fenelcina) y los antidepresivos tricíclicos (Imipramina y amitriptilina). Los primeros pueden producir una hiperestimulación del sistema nervioso que se manifiesta en una excitación neuromuscular e hiperactividad simpática, llegando en los casos más graves al colapso del sistema nervioso central y el cardiorespiratorio (hipertensión, taquicardia y agitación), siendo las complicaciones más temidas el Síndrome Serotoninico y la Hipertermia Maligna. Siguen en gravedad toxicológica a los antidepresivos tricíclicos, aunque no en cuanto a incidencia de casos de intoxicación. En los segundos, la intoxicación puede producir hipotensión, un coma convulsivo acompañado de trastornos cardíacos (arritmias), con colapso y elevada presión cardíaca. Los antidepresivos tricíclicos tienen una enorme trascendencia toxicológica, siendo uno de los fármacos que más intoxicaciones producen. Finalmente, los inhibidores selectivos de la recaptación de serotonina son los antidepresivos más seguros desde el punto de vista toxicológico. La intoxicación produce síntomas leves, que generalmente no conllevan riesgo vital. Los efectos más usuales son disminución leve del nivel de conciencia, taquicardia, náuseas, vómitos y temblor. En algunos casos puede verse cefalea, agitación, arritmias y convulsiones. El litio, utilizado como fármaco en supuestos de depresiones agudas o trastornos maniaco-depresivos, tiene una alta toxicidad, siendo su margen terapéutico muy estrecho. La intoxicación leve se manifiesta con apatía, letargia, debilidad, temblor fino y síntomas gastrointestinales (náuseas, vómitos y diarreas). En los casos moderados aparecen temblor grueso, ataxia, lenguaje lento, confusión, hiperreflexia, clonus y cambios electrocardiográficos inespecíficos. En la intoxicación grave, que suele ocurrir en enfermos que lo toman de forma crónica, aparecen convulsiones, coma, shock, fasciculaciones

generalizadas, alteraciones del encefalograma de todo tipo, arritmias, y muerte.

6. *Antiarrítmicos*: fármacos usados en uso en la insuficiencia cardíaca y en otros trastornos cardíacos. Los  $\beta$ -bloqueantes, utilizados como cardioprotectores tras un infarto, generan intoxicaciones poco frecuentes, pero pueden ser especialmente severas en los supuestos más graves: producen bradicardia e hipotensión y, en un grado más severo, un shock cardiogénico agravado por una vasoplejia periférica; pueden actuar a nivel neurológico originando desde somnolencia, obnubilación agitación y alucinaciones, hasta convulsiones, depresión del nivel de conciencia y coma. La digoxina es un glucósido cardiotónico, usado como agente antiarrítmico que, en los supuestos de intoxicación aguda, tras una fase inicial asintomática, genera síntomas digestivos (náuseas, vómitos y diarreas), neurológicos (mareos, cefalea, síncope, convulsiones, alucinaciones o visión alterada con borde de color amarillo de los objetos). En las intoxicaciones agudas son más frecuentes los síntomas digestivos mientras que en la crónica son más frecuentes los neurológicos. Las manifestaciones cardíacas son las más graves, generalmente bradicardias, pero también pueden producir arritmias rápidas y ventriculares, etc. Finalmente, los antagonistas del calcio (verapamilo, nifedipina y diltiazem) pueden dar lugar a una sintomatología cardiovascular (hipotensión, shock, bradicardia, ritmos nodales rápidos, paro sinusal, asistolia), neurológica (alteración del habla, letargia, confusión, convulsiones, parada respiratoria, coma), problemas gastrointestinales (náuseas, vómitos, íleo, isquemia intestinal), y metabólicas (hiperglucemia, acidosis láctica) y alteraciones cutáneas graves.

7. *Antipsicóticos (fenotiacinas, tioxantenos, butirofenas)*: provocan depresión del sistema nervioso central, hipotensión e hipotermia, pero rara vez desembocan en coma profundo o problemas respiratorios. La muerte, en los supuestos más graves, acaece debido a problemas cardíacos. Así, por ejemplo, la fenitoína afecta fundamentalmente al sistema nervioso central en casos de intoxicación, cuyas manifestaciones más precoces son nistagmo (movimiento incontrolable e involuntario de los ojos) horizontal en la mirada forzada ataxia y adormecimiento. En intoxicaciones más severas, nistagmo vertical o bidireccional, disartria, progresiva ataxia hasta el punto de no poder andar, padecer hiperreflexia y disminución del nivel de conciencia. Excepcionalmente, en grandes sobredosis puede haber coma y/o depresión respiratoria.

8. *Barbitúricos*: constituyeron una causa frecuente de intoxicación hasta la década de los años 60 que ha ido progresivamente en



descenso por su sustitución por otros fármacos. Ejercen una función depresora del sistema nervioso central que, en caso de intoxicación mantiene una sintomatología que evoluciona en tres periodos: periodo pre-comatoso (embriaguez y somnolencia); periodo comatoso (con distintos grados de profundidad, la respiración siempre se ve afectada); y, finalmente, periodo terminal (alteraciones circulatorias y colapso). El coma suele ser hipotónico, con ausencia de reflejos osteotendinosos y reflejo fotomotor. La depresión respiratoria en forma de apnea o respiración irregular es de presentación precoz.

# La legislación internacional y nacional ante el fenómeno de la financiación del terrorismo. ¿Estamos en el camino correcto?

COVADONGA MALLADA FERNÁNDEZ

Profesora Ayudante Doctora  
Universidad de Valladolid

## RESUMEN

*En este artículo estudiaremos el marco actual en la lucha contra la financiación del terrorismo tanto de la normativa internacional, analizando en profundidad las herramientas desarrolladas por las organizaciones internacionales, como nacional, analizando tanto la normativa preventiva derivada de las directivas de la Unión Europea como la normativa penal, para en el último apartado indagar si estamos en el camino correcto en esta lucha y cómo se desarrollará en los próximos años.*

*Palabras clave: financiación del terrorismo, normativa internacional, normativa nacional española, GAFI, Unión Europea.*

## ABSTRACT

*In this article we will study the current framework in the fight against the financing of terrorism. Firstly, analyzing the tools developed by international organizations. And secondly, analyzing the preventive regulations derived from the directives of the European Union and the criminal regulations. Finally, in the last section, we will inquire if we are on the right path in this fight and how it will be developed in the coming years.*

*Keywords: terrorism financing, international legislation, Spanish legislation, FATF, European Union.*

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Marco internacional de la lucha contra la financiación del terrorismo. 2.1 El papel de las Naciones Unidas. 2.2 El Consejo de Seguridad. 2.3 Las herramientas empleadas por la Unión Europea en la lucha contra la financiación del terrorismo. 2.3.1 El Plan de acción para combatir el terrorismo. 2.3.2 Las Directivas de la Unión Europea contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. 2.3.3 Las Decisiones marco de la Unión Europea. 2.4 La lucha contra la financiación del terrorismo en otros organismos internacionales. 2.4.1 El Grupo EGMONT. 2.4.2 El GAFISUD. 2.4.3 El Proyecto FIU Net. 2.4.4 El MONEYVAL. 2.4.5 Las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).–3. La normativa nacional de lucha contra la financiación del terrorismo. 3.1 Normativa administrativa española en materia de prevención. 3.1.1 La Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. 3.1.2 El Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. 3.2 La normativa penal. Los antecedentes históricos y la situación actual del delito de financiación del terrorismo previsto en el artículo 576 del Código Penal.–4. Conclusiones. ¿Estamos en el camino correcto?–5. Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que los ataques del 11S constituyeron un antes y un después en los métodos de lucha contra el terrorismo y su financiación por parte de los Estados y de los organismos internacionales. Así pues, desde esta fecha, por un lado, la cooperación entre Estados Unidos y Europa empieza a ser continua y cada vez más estrecha en materia de legislación contra el terrorismo, y, por otro lado, dentro de las organizaciones internacionales, los asuntos relacionados con el terrorismo empiezan a tener máxima prioridad, publicándose en octubre de este mismo año las nueve Recomendaciones GAFI, el plan de acción en contra del terrorismo adoptado por el Consejo de Europa en noviembre de ese año o el plan de acción de la OCDE adoptado en diciembre de 2001.

Como podemos observar, la respuesta internacional ante los ataques terroristas no tardó en realizarse y en los meses siguientes al 11S las organizaciones internacionales ya estaban en marcha para ayudar a los Estados a adoptar un marco normativo eficaz para erradicar el terrorismo y sus fuentes de financiación.

En este artículo estudiaremos el marco actual en la lucha contra la financiación del terrorismo tanto de la normativa internacional, anali-

zando en profundidad las herramientas desarrolladas por las organizaciones internacionales, como nacional, analizando tanto la normativa preventiva derivada de las directivas de la Unión Europea como la normativa penal, para en el último apartado indagar si estamos en el camino correcto en esta lucha y como se desarrollará en los próximos años.

## 2. MARCO INTERNACIONAL DE LA LUCHA CONTRA LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO

### 2.1 El papel de las Naciones Unidas

En lo referente al marco de los instrumentos dictados por la ONU, actualmente existen dieciocho instrumentos internacionales (catorce instrumentos y cuatro enmiendas) contra el terrorismo internacional. De todos modos, como ya hemos señalado en el apartado anterior, a pesar de los notables esfuerzos de la ONU, ninguno de estos instrumentos contiene una definición general del terrorismo (1).

Su primera resolución acerca del terrorismo fue la Resolución 3034 (XXVII) de 18 de diciembre de 1972 titulada: «Medidas para prevenir el terrorismo internacional que pone en peligro vidas humanas inocentes o causa su pérdida, o compromete las libertades fundamentales, y estudio de las causas subyacentes de las formas de terrorismo y los actos de violencia que tienen su origen en las aflicciones, la frustración, los agravios y la desesperanza y que conducen a algunas personas a sacrificar vidas humanas, incluida la propia, en un intento de lograr cambios radicales».

El 17 de diciembre de 1996, el sexto comité de la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 51/210 de 17 de diciembre de 1996 intentó formular una definición legal del terrorismo mediante la elaboración del proyecto de convenio general sobre

---

(1) SAUL, B. *Defining Terrorism in International Law*, Oxford University Press, USA, 2008, p. 3. Tal y como expone este autor, la gran mayoría de estas convenciones se adoptaron para poder tener un arma para luchar contra los incidentes terroristas. Así pues, por ejemplo, la Convención de la Haya de 1970 y la Convención de Montreal de 1971 se firmaron para dar respuesta a todos los ataques terroristas contra la aviación civil en la década de 1960. Otro ejemplo, fue el Protocolo de Montreal de 1988 que nació para dar respuesta a los ataques terroristas sobre aeropuertos internacionales en Roma y Viena en 1985. La Convención de Roma de 1988 reaccionaba para dar respuesta al ataque del crucero italiano Achille Lauro en 1985.

el terrorismo internacional (*Comprehensive Convention on International Terrorism*) (2). El artículo 2 del proyecto dispone lo siguiente:

«1. *Cualquier persona comete una infracción dentro del significado de la Convención presente si aquella persona, por cualquier medio, ilegalmente e intencionadamente, causa:*

- (a) *Muerte o lesiones corporales graves a cualquier persona; o*
- (b) *Daños severos a la propiedad pública o privada, incluyendo un lugar de uso público, instalaciones públicas o gubernamentales, redes de transporte público, instalaciones de infraestructuras o el medio ambiente; o*
- (c) *Daños a los bienes, lugares, instalaciones o a sistemas referidos en el párrafo 1 (b) de este artículo, que resulte o pueda resultar en grandes pérdidas económicas; cuando el propósito de tal conducta, en su naturaleza o contexto, es intimidar a una población, u obligar a un Gobierno o a una organización internacional a hacer o abstenerse de hacer cualquier acto».*

Es importante recalcar que no es hasta el año 1999 cuando se empieza a dar una definición de la financiación del terrorismo, ya que los Estados empiezan a tomar conciencia de que no se puede luchar contra el terrorismo sin cortar sus fuentes de financiación. De este modo, la primera referencia que tenemos es el Convenio para la represión de la financiación del terrorismo firmado en Nueva York el 9 de diciembre de 1999 de las Naciones Unidas.

Este Convenio, insta a las partes a que adopten medidas para prevenir y contrarrestar la financiación de terroristas, ya sea directa o indirectamente, por medio de grupos que proclamen intenciones caritativas, sociales o culturales o que se dediquen también a actividades ilícitas, como el tráfico de drogas o el contrabando de armas; compromete a los Estados a exigir responsabilidad penal, civil o administrativa por esos actos a quienes financien el terrorismo; y, por último, prevé la identificación, congelación y confiscación de los fondos asignados para actividades terroristas, así como la distribución de los fondos decomisados entre los Estados afectados, en función de cada caso. El secreto bancario dejará de ser una justificación para negarse a cooperar (3).

(2) No obstante, actualmente las negociaciones están estancadas.

(3) Artículo 2 del Convenio para la represión de la financiación del terrorismo:

1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer:

Las Naciones Unidas, al día siguiente de producirse los trágicos acontecimientos del 11S adoptan la resolución 1368 bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas que contiene obligaciones a los Estados Miembros como: «criminalizar la financiación del terrorismo y el terrorismo mismo, recomendando la acción conjunta y la cooperación internacional de sistemas de inteligencia y policiales (4).

Dos semanas más tarde, el 28 de septiembre de 2001, la ONU adoptó la resolución 1373 que obliga a los Estados Miembros a adoptar algunas medidas para prevenir las actividades terroristas y penalizar diversas formas de acciones terroristas, así como para adoptar medidas que asistan y promuevan la cooperación entre los países, incluso la adhesión a los instrumentos internacionales contra el terrorismo. El 26 de marzo de 2004 adopta la resolución 1535 en la que se pedía el establecimiento de una Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo encargada de vigilar la aplicación de la resolución 1373 y de facilitar la prestación de asistencia técnica a los Estados Miembros (5).

En la resolución 1540 de la ONU aprobada por unanimidad el 28 de abril de 2004 se estableció lo siguiente: «*impedir que los estados suministren cualquier tipo de apoyo a los agentes no estatales que traten de desarrollar, adquirir, fabricar, poseer, transportar, transferir o emplear armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores*» (6).

El 14 de septiembre de 2005 la ONU adoptó la resolución 1624, esta resolución tiende a abarcar puntos nunca antes tocados como prevenir la incitación a la comisión de actos terroristas por parte de los Estados.

---

a) Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese tratado;

b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

Véase en <http://www.un.org/es/counterterrorism/legal-instruments.shtml> (Página última vez consultada el 19 de febrero de 2020).

(4) Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad 4370 sesión, de las Naciones Unidas (S/RES/1368), 2001.

(5) Los Estados Miembros están obligados a informar periódicamente al Comité Contra el Terrorismo sobre las medidas que han adoptado para aplicar la resolución 1373.

(6) Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Seguridad 4956 sesión: No proliferación de armas nucleares, químicas y biológicas, de las Naciones Unidas (S/RES/1540) 2004.

En líneas generales, podemos observar cómo la ONU intenta establecer las líneas generales para tipificar el delito de terrorismo y tratar de forzar a los Estados que apoyan el terrorismo a que acaten las consecuentes sanciones económicas, pero «la falta de consenso sobre una definición clara y bien conocida del fenómeno compromete la posición normativa y moral contra el terrorismo y ha mancillado la imagen de las Naciones Unidas» (7).

## 2.2 El Consejo de Seguridad

Los artículos 25 y 48 de la Carta de las Naciones Unidas autorizan al Consejo de Seguridad para que pueda adoptar resoluciones vinculantes para los Estados Miembros.

Durante los años noventa, las primeras resoluciones del Consejo de Seguridad estaban destinadas a sancionar a Estados concretos con los que se vinculaban los grupos terroristas (8). La Resolución 1267 (1999) del Consejo estableció un Comité de Sanciones para la supervisión del cumplimiento de las sanciones impuestas (9).

El 11S como hemos reiterado en varias ocasiones, marcó un antes y un después en la lucha antiterrorista, y las líneas de actuación del Consejo de Seguridad también cambiaron a partir de este momento. Así pues, el Consejo empezó a ejercer funciones de naturaleza legislativa al imponer a los Estados Miembros una serie de obligaciones en materia de represión del terrorismo, empezando con la Resolución 1368 de 12 septiembre de 2001, justo un día después de los ataques del 11S. Además, en virtud de la Resolución 1373 el Consejo de Seguridad estable-

(7) RUPÉREZ J., *La ONU en la lucha contra el terrorismo: cinco años después del 11 de septiembre*. Artículo disponible en <http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/1016.asp>. Página última vez consultada el 19 de febrero de 2020. Así pues, La estrategia global de la ONU contra el terrorismo se resume en «las cinco des» pronunciadas en el discurso del secretario general el 10 de marzo de 2005 en Madrid, que son las siguientes: «Disuadir a los grupos descontentos de elegir el terrorismo como táctica para alcanzar sus objetivos, Dificultar a los terroristas el acceso a los medios para llevar a cabo sus atentados, hacer Desistir a los estados de prestar apoyo a los terroristas, Desarrollar la capacidad de los estados para prevenir el terrorismo y Defender los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo».

(8) En este punto podemos destacar las sanciones a Libia, Sudán y Afganistán. De todas formas, las sanciones contra Sudán nunca llegaron a entrar en vigor.

Véase CUERDA RIEZU, A. y JIMÉNEZ GARCÍA, F. (Dir.), *Nuevos desafíos del derecho penal internacional: terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*. Tecnos, Madrid, 2009, p. 124.

(9) Será el Comité 1267. Pueden verse las características y funciones de este Comité en <https://www.un.org/sc/suborg/es/sanctions/1267>. Página consultada por última vez el 19 de febrero de 2020.

ció un Comité contra el Terrorismo (en adelante CCT) compuesto por todos los miembros del Consejo de Seguridad. Esta resolución obliga a los Estados Miembros a adoptar algunas medidas para prevenir las actividades terroristas y penalizar diversas formas de acciones terroristas, así como para adoptar medidas que asistan y promuevan la cooperación entre los países, incluso la adhesión a los instrumentos internacionales contra el terrorismo. Los Estados Miembros están obligados a informar periódicamente al Comité contra el Terrorismo sobre las medidas que han adoptado para aplicar la resolución 1373.

Más tarde, se adoptó la Resolución 1535, en que se pedía el establecimiento de una Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo encargada de vigilar la aplicación de la Resolución 1373 y de facilitar la prestación de asistencia técnica a los Estados Miembros.

Mediante la Resolución 1540 (2004) el Consejo estableció un órgano adicional contra el terrorismo: el Comité 1540, integrado también por todos los miembros del Consejo, al que encargó la tarea de vigilar el cumplimiento de la Resolución 1540 por parte de todos los Estados Miembros, en la que se exhorta a los Estados a que eviten el acceso de agentes no estatales (entre los que figuran los grupos terroristas) a las armas de destrucción en masa. En una declaración presidencial posterior (PRST/2010/19), el Consejo expresó su preocupación dado que la amenaza planteada por el terrorismo se había hecho más difusa, con un aumento de actos terroristas en varias regiones del mundo, inclusive los motivados por la intolerancia y el extremismo, y reafirmó su determinación de combatir esta amenaza.

Ya por último, podemos destacar el Programa contra el Terrorismo adoptado por la Oficina contra las Drogas y el Delito de Naciones Unidas en octubre de 2002.

La Resolución 1566 (2004) (10) desarrolla una definición de terrorismo (11) y, además, insta al CCT a efectuar visitas a los Esta-

---

(10) Resolución S/RES/1566 (2004). Resolución aprobada a raíz del ataque terrorista de Beslán (Federación Rusa), que puede verse en el siguiente enlace: <https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/es/sres1566-2004>

(11) En el párrafo 3 de la Resolución S/RES/1566 (2004) se dispone lo siguiente: *Recuerda que los actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo, que constituyen delitos definidos en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo y comprendidos en su ámbito, no admiten justificación en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar e insta a todos los Esta-*



dos Miembros para comprobar el cumplimiento de la Resolución 1373. Por último, crea un Grupo de Trabajo que debe, por un lado, hacer recomendaciones prácticas (congelación de activos, decomiso de armas, entre otras) a los Estados Miembros, y, por otro, analizar la posibilidad de establecer un fondo de indemnización para las víctimas del terrorismo.

En resumen, como podemos ver, las Naciones Unidas no han parado de dictar Resoluciones desde el 11S, todo ello en aras de intentar que los países que forman parte de esta alianza adopten medidas y colaboren entre ellos para luchar contra el terrorismo.

Con la Resolución 1624 (2005), el Consejo de Seguridad condenaba todo acto de terrorismo independientemente de su motivación, así como la incitación a cometerlos.

Por último, destacaremos que el Consejo de Seguridad convocó en el año 2010 una reunión para debatir las amenazas relacionadas con los actos terroristas que amenazan la paz y seguridad internacionales. En esta reunión, los miembros del Consejo de Seguridad insistieron en la necesidad de reforzar la cooperación internacional para poder llevar a cabo una lucha eficaz contra el terrorismo y su financiación.

### **2.3 Las herramientas empleadas por la Unión Europea en la lucha contra la financiación del terrorismo**

En el campo de la normativa contra el terrorismo y su financiación, la Unión Europea también ha dictado varias Decisiones, Resoluciones y Directivas que desarrollaremos en el presente epígrafe. Debemos destacar que la Unión Europea tomó la decisión de regular preventivamente la financiación del terrorismo junto con la prevención del blanqueo de capitales, ya que ambos delitos utilizan los mismos cauces para llevarse a cabo, por ello, las directivas de prevención de la financiación del terrorismo van unidas con la prevención del blanqueo de capitales (12).

#### **2.3.1 EL PLAN DE ACCIÓN PARA COMBATIR EL TERRORISMO**

La primera medida que tomó la Unión Europea fue justo unos días después del 11S, así pues el Plan de Acción para combatir el terrorismo, adoptado por el Consejo Europeo extraordinario en Bruselas

---

*dos a prevenirlos y, si ocurren, a cerciorarse de que sean sancionados con penas compatibles con su grave naturaleza.*

(12) Véase epígrafe correspondiente a similitudes y diferencias del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

el 21 de septiembre de 2001 (13). En este Plan de Acción, el Consejo Europeo decidió que la lucha contra el terrorismo sería más que nunca un objetivo prioritario de la Unión Europea. Los puntos destacados de este Plan de Acción fueron los siguientes:

1. Solidaridad y cooperación con los Estados Unidos.
2. La política europea de lucha contra el terrorismo llevaría a cabo las siguientes acciones:
  - Reforzar la cooperación policial y judicial entre los Estados Miembros para facilitar una lucha conjunta contra el terrorismo.
  - Desarrollar los instrumentos jurídicos internacionales desarrollados por las organizaciones internacionales como la ONU o la OCDE.
  - Terminar con la financiación del terrorismo. Tal y como se establece en el Plan, la Unión Europea se dio cuenta de que acabar con la financiación del terrorismo constituye un punto crucial en la lucha contra el terrorismo (14).

Así pues, en primer lugar, la UE desarrolla las Directivas para prevenir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo que se transpondrán en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Miembros. En segundo lugar, se pide a los Estados Miembros que ratifiquen la Convención de las Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo, y, por último, se adoptarán medidas contra aquellos territorios que no colaboren con la prevención y represión de la financiación del terrorismo.

3. El Plan insta a desarrollar la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y dotar de operatividad lo antes posible a la Política Europea de Seguridad y de Defensa (PESD).

---

(13) Puede verse el Plan de Acción de la UE en el siguiente enlace: <https://www.consilium.europa.eu/media/20966/concl-bxles1.pdf>. Página última vez consultada el 19 de febrero de 2020.

(14) Establece el Plan específicamente: «Para ello, el Consejo Europeo pide a los Consejos *Ecofin* y de Justicia y Asuntos de Interior que tomen las medidas necesarias para combatir toda forma de financiación de las actividades terroristas, adoptando, en particular, en las próximas semanas la ampliación de la directiva sobre el blanqueo de capitales y la decisión marco sobre el embargo preventivo de bienes. Pide a los Estados miembros que firmen y ratifiquen urgentemente la Convención de las Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo. Además, se adoptarán medidas contra las jurisdicciones y territorios no cooperativos determinados por el Grupo de Acción Financiera».

4. En cuanto a las perspectivas económicas mundiales, el Plan establece que los ataques terroristas del 11S suponen una mayor desaceleración de la economía.

### 2.3.2 LAS DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA CONTRA EL BLANQUEO DE CAPITALES Y LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO.

Antes de las Directivas y del Convenio de Viena, del de Estrasburgo y de las 40 Recomendaciones GAFI, el Consejo de Europa adoptó en 1980 la Recomendación n.º R (80)10, en relación con las medidas sobre transferencia y encubrimiento de capitales de origen criminal (15). Esta Recomendación tenía los siguientes objetivos:

- Fijar medidas que debían ser adoptadas por las entidades financieras, entre ellas: la verificación de la identidad de los clientes, la formación del personal, la comprobación de la autenticidad de los billetes, etc.
- La colaboración entre las entidades financieras para el intercambio de información.

Años más tarde el blanqueo fue tratado en el Convenio de aplicación del acuerdo *Schengen* de 14 de junio de 1985, en cuyo artículo 72 se refiere al decomiso de los bienes procedentes del tráfico ilícito de estupefacientes (16). Así, se puede observar cómo antes de la promulgación de las Directivas de la Unión Europea y del Convenio de Viena de 1988 ya había una incipiente preocupación por el tráfico de drogas entre los Estados.

Las Directivas de la Unión Europea han tratado de dar uniformidad al concepto de blanqueo de capitales para facilitar los intercambios de información entre los países y unificar el delito, ya que con la supresión de las barreras, los capitales podían circular con total libertad por la Unión Europea, lo que la llevó a elaborar tres Directivas para prevenir el blanqueo de capitales a las que haremos alusión a continuación:

(15) CHAVÉS GALÁN, C. A. «La Directiva 91/308/CEE del Consejo de 10 de junio, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales». *Noticias de la Unión Europea*. n.º 162, 1998, pp. 20-21.

(16) El artículo 72 disponía que, *de conformidad con su Constitución y su ordenamiento jurídico nacional, las Partes contratantes garantizan que se adoptarán disposiciones legales que permitan la incautación y confiscación de los productos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.*

2.3.2.1 *La Directiva 91/308/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1991, relativa a la prevención del uso del sistema financiero en operaciones de blanqueo de capitales*

Esta Directiva (17) fue modificada por la Directiva 2001/97/CE y transpuesta al ordenamiento jurídico español por la ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de Prevención del Blanqueo de Capitales. Tiene un carácter de mínimos, es decir, que los Estados Miembros podrán adoptar disposiciones más restrictivas que las que están recogidas en la Directiva, según lo dispuesto en el artículo quince.

Como ya se ha expuesto, la supresión de las barreras entre los Estados Miembros de la Unión Europea llevó a los blanqueadores a aprovecharse de esta situación utilizando el sistema financiero para sus fines delictivos, por lo que la Unión Europea tomó la determinación de adoptar medidas preventivas contra el blanqueo de capitales. Es la primera vez que se toma la determinación de crear medidas no sólo de índole penal, sino también administrativas. De este modo, la Directiva sostiene que aunque la represión penal es un método muy eficaz para erradicar el blanqueo de capitales, la lucha debe comenzar antes, desde las normativas de prevención administrativas (18). La finalidad de la Directiva es prevenir que las instituciones financieras enumeradas en el artículo dos sean utilizadas para el blanqueo de capitales (19). La Directiva 2001/97/CE modificó este artículo ampliando los sujetos obligados, así, además de las entidades financieras, a partir de este momento, también estarán obligados los nota-

---

(17) *DO L* 166 de 28.6.1991. Esta Directiva entró en vigor el 01/01/1993 y fue transpuesta en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros en la misma fecha.

Además fue modificada por la Directiva 2001/97/CE (*DO L* 344) de 28.12.2001. Entró en vigor el 28.12.2001 y fue transpuesta a los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros el 15.6.2003.

(18) Así, expone la Directiva 91/308/CEE en su Preámbulo: *Considerando, no obstante, que la estrategia de lucha contra el blanqueo de capitales no debe limitarse al enfoque penal, ya que el sistema financiero puede desempeñar una función sumamente eficaz; que, en este contexto, cabe referirse a la recomendación del Consejo de Europa, de 27 de junio de 1980, así como a la declaración de principios adoptada en Basilea en diciembre de 1988 por las autoridades de supervisión bancaria del Grupo de los Diez, dos textos que constituyen un paso importante en la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales.*

(19) El artículo 2 bis (artículo modificado por la Directiva 2001/97/CE) establece que:

*Los Estados miembros velarán por que las obligaciones establecidas en la presente Directiva se impongan a las siguientes entidades e instituciones:*

1) *entidades de crédito, según se definen en la letra A del artículo 1;*

rios, procuradores, abogados, asesores fiscales, auditores o casinos, entre otros, aunque en el artículo doce se establece que los Estados son libres de ampliar las entidades obligadas por esta Directiva a cualquiera que tenga riesgos de ser utilizada para el blanqueo de capitales. Las obligaciones impuestas a los profesionales del Derecho, como pueden ser los abogados, notarios o asesores fiscales, pueden colisionar con el secreto profesional al que están sujetos estos profesionales en el caso de representación legal. En cualquier caso, estas cuestiones y otras similares serán objeto de estudio en un capítulo posterior.

En cuanto a las obligaciones establecidas por esta Directiva a las entidades de crédito e instituciones financieras para prevenir el blanqueo de capitales, destacaremos las siguientes:

– En primer lugar, en el artículo tres de la Directiva, la obligación, como regla general, de identificar a todos sus clientes. En ningún caso podrían tener clientes anónimos con los problemas que esto conlleva y que se apuntaron en la Declaración de Basilea (20).

– En segundo lugar, la obligación de conservar la documentación durante cinco años, expuesta en el artículo cuatro.

---

2) *instituciones financieras, según se definen en la letra B del artículo 1; así como a las siguientes personas físicas o jurídicas que actúen en el ejercicio de su profesión:*

3) *auditores, contables externos y asesores fiscales;*

4) *agentes de la propiedad inmobiliaria;*

5) *notarios y otros profesionales independientes del Derecho cuando participen:*

a) *ya asistiendo en la concepción o realización de transacciones por cuenta de su cliente relativas a:*

i) *la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales;*

ii) *la gestión de fondos, valores u otros activos pertenecientes al cliente;*

iii) *la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores;*

iv) *la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas;*

v) *la creación, el funcionamiento o la gestión de sociedades fiduciarias, empresas o estructuras análogas;*

b) *ya actuando en nombre de su cliente y por cuenta del mismo, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria;*

6) *personas que comercian con artículos de valor elevado, como piedras y metales preciosos, u objetos de arte, subastadores, siempre que el pago se realice en efectivo y su cuantía sea igual o superior a 15.000 euros;*

7) *casinos.*

(20) Aunque esta obligación tiene matizaciones en los artículos tres, cuatro y cinco de la Directiva.

– Y, por último, el deber de colaboración de las entidades obligadas con las autoridades administrativas y judiciales y facilitarle toda la información que les sea requerida.

Como se puede observar, las obligaciones establecidas por esta Directiva no incluyen ninguna novedad respecto de las obligaciones que ya se venían incluyendo en las Recomendaciones GAFI o en los Códigos de Conducta elaborados por las entidades financieras. De este modo, la Directiva lo único que hizo fue establecer de una manera reglada, lo que ya se venía haciendo en la práctica por parte de muchos sujetos obligados y afectados por las actividades de este tipo de delincuencia, desde la Declaración de Principios de Basilea.

De todas formas, la Directiva incluyó una novedad, la creación de un Comité de Contacto en el artículo trece para facilitar la aplicación de las disposiciones de esta Directiva y para asesorar a la Comisión sobre cualquier duda que les pueda surgir relacionada con el blanqueo de capitales, aunque el Comité no podrá valorar la conformidad con las decisiones que las autoridades competentes hayan tomado en casos concretos (21). Este Comité realizará un informe, cuando fuere necesario, por lo menos cada tres años, sobre la aplicación de esta Directiva que será presentado al Parlamento Europeo y al Consejo.

---

(21) El artículo 13 dispone lo siguiente:

1. *Se crea ante la Comisión un Comité de contacto, denominado en lo sucesivo «Comité», cuyas funciones serán las siguientes:*

a) *facilitar, sin perjuicio de los artículos 169 y 170 del Tratado, la aplicación armonizada de la presente Directiva mediante una concertación regular relativa a los problemas concretos que provoque su aplicación y respecto de los que se estime útil el contraste de pareceres;*

b) *facilitar la concertación entre los Estados miembros con respecto a las condiciones y obligaciones más rigurosas o complementarias que impongan los mismos en el ámbito nacional;*

c) *aconsejar a la Comisión, si fuere necesario, a propósito de las medidas complementarias o de las enmiendas que deban introducirse en la presente Directiva, así como respecto a otras adaptaciones que se juzguen necesarias, en particular para armonizar los efectos del artículo 12;*

d) *examinar la conveniencia de incluir una profesión o una categoría de empresas dentro del ámbito de aplicación del artículo 12 cuando se compruebe que en un Estado miembro esta profesión o categoría de empresas haya sido utilizada para el blanqueo de capitales.*

2. *No será función del Comité valorar la conformidad de las decisiones que las autoridades competentes hayan tomado en casos concretos.*

3. *El Comité se compondrá de personas designadas por los Estados miembros y de representantes de la Comisión. La Secretaría estará a cargo de los servicios de la Comisión. El Comité estará presidido por un representante de la Comisión y se reunirá a iniciativa de éste o a instancia de la delegación de un Estado miembro.*

Lo que intentaba conseguir la Directiva era una armonización de las normativas administrativas para luchar contra el blanqueo de capitales desde un punto de vista preventivo, ya que los intentos de elaborar un Derecho Penal europeo, hasta el momento, habían fracasado (22).

2.3.2.2 *La Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo*

La Directiva 2005/60/CE se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el 25 de noviembre de 2005 (23). Esta Tercera Directiva sobre blanqueo de capitales deroga la Directiva 91/308/CE (24). Señala en su artículo 45 que los Estados Miembros deberán adaptar sus legislaciones nacionales a la citada Directiva antes del 15 de diciembre de 2007. Para ello, cuando los Estados Miembros adopten las medidas necesarias para cumplir la Directiva, comunicarán a la Comisión el texto de las principales disposiciones de Derecho Interno que adopten en el ámbito regulado por la Directiva. La principal novedad de esta Directiva radica en que aparte de la prevención del blanqueo de capitales incluye dentro de su articulado la financiación del terrorismo. Esta Directiva consta de 7 capítulos y 43 artículos.

El blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo son dos fenómenos antagónicos, ya que la financiación del terrorismo, como ya hemos dicho, no se tiene por qué producir con ganancias procedentes del blanqueo de capitales. Pero, quizás la Directiva en este punto quiso tratar de aunar sus esfuerzos para prevenir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, pues, en muchas ocasiones utilizan los mismos métodos, pero con este razonamiento, como ya tuvimos ocasión de señalar, también podríamos pensar que la financiación del terrorismo y

---

(22) Delito que puede distorsionar tanto el tráfico mercantil entre los Estados Miembros como el sistema financiero de ellos, ya que, con legislaciones diferentes, los blanqueadores elegirían los países menos estrictos en sus normativas. En CHAVÉS GALÁN, C.A. «La Directiva 91/308/CEE del Consejo de 10 de junio, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales», *op. cit.* p. 39.

(23) Modificada por la Directiva 2008/20/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2008, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión. Esta última Directiva modifica a la Directiva 2005/60/CE. Las novedades son pocas, únicamente procedimentales, en cualquier caso, se amplía el plazo hasta el 2010. Publicada en el *DOUE* (L309/15 de 25/11/2005).

(24) Que había sido modificada por la Directiva 2001/97/CE.

el blanqueo de capitales utilizan los mismos métodos para perpetuarse que los delitos de evasión fiscal o los delitos de tráfico de armas, entre tantos otros. Por eso, a la hora de unificar los criterios y las obligaciones para penalizar y prevenir ese tipo de delitos, se debe tener en cuenta los costes que tienen que soportar los sujetos obligados y las posibles colisiones con el secreto profesional y el secreto bancario.

No hay grandes cambios respecto a la Directiva 91/308/CE, excepto su mención expresa a la financiación del terrorismo (25). La Directiva en su artículo tres, igual que su predecesora, vuelve a recalcar el hecho de que el blanqueo de capitales no es un problema de índole nacional, sino que es un problema internacional que se debe solucionar con la colaboración de todos los países y con el intercambio de información entre ellos. Así este artículo señala que *se considerará que hay blanqueo de capitales aún cuando las actividades que hayan generado los bienes que vayan a blanquearse se hayan desarrollado en el territorio de otro Estado miembro o en el de un tercer país* (26). Lo cual es cierto, ya que el blanqueo de capitales no se suele hacer en el propio país, sino que se suele acudir a territorios *offshore*, más comúnmente conocidos como paraísos fiscales, o territorios de baja o escasa presión fiscal ya que en estos países el intercambio de información es casi inexistente.

En cuanto a los sujetos obligados, esta Directiva sigue manteniendo las mismas personas y entidades obligadas de la Directiva anterior, pero añade otras nuevas, los proveedores de servicios de sociedades y los fideicomisos. En el apartado seis del artículo tres examina uno de los grandes problemas vinculados al blanqueo de capitales, determinar el titular de las operaciones. Así, las entidades obligadas deberán saber cuál es el titular real de esas operaciones, lo que es complicado, ya que los verdaderos titulares de las operaciones actúan muchas veces a través de testaferros o sociedades pantalla. Así, para la Directiva será titular real *aquella persona o personas físicas que posean o controlen en último término al cliente y/o la persona física por cuenta de la cual se lleve a cabo una transacción o actividad*.

Otra de las novedades de la Directiva es la inclusión de las personas vinculadas a la política, a las que define como *personas físicas*

---

(25) 4. *A efectos de la presente Directiva, se entiende por «financiación del terrorismo» el suministro o la recogida de fondos, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con la intención de utilizarlos o con el conocimiento de que serán utilizados, íntegramente o en parte, para la comisión de cualquiera de los delitos contemplados en los artículos 1 a 4 de la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo.*

(26) Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.



*que desempeñen o hayan desempeñado funciones públicas importantes, así como sus familiares más próximos y personas reconocidas como allegados.* En los casos de estas personas las entidades obligadas deberán tener una diligencia especial, ya que en esta Directiva se trata de regular situaciones más subjetivas que en la anterior y de mayor riesgo para el sistema financiero, y éste, en particular, es uno de los casos personales que la Directiva considera de mayor riesgo.

En el Capítulo II, la Directiva establece las diligencias debidas respecto a los clientes. Las medidas diligentes deberán tomarse en los siguientes casos:

- a) al establecer una relación de negocios.
- b) al efectuar transacciones ocasionales por un valor igual o superior a 15.000 euros, ya se lleven éstas a cabo en una o en varias transacciones entre las que parezca existir algún tipo de relación.
- c) cuando existan sospechas de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo, con independencia de cualquier excepción, exención o umbral.
- d) cuando existan dudas sobre la veracidad o adecuación de los datos de identificación del cliente obtenidos con anterioridad.

Las medidas de diligencia que se deben tomar son de nuevo conocidas como la identificación de los clientes y la comprobación de su identidad. Además, dicha comprobación se debe efectuar antes de que se establezca una relación de negocios o de que se realice una transacción. Estas medidas serán simplificadas, entre otros casos, *cuando el cliente sea una entidad de crédito o financiera contemplada en la presente Directiva, o una entidad de crédito o financiera establecida en un tercer país que imponga requisitos equivalentes a los prescritos por la presente Directiva y sea objeto de supervisión para garantizar el cumplimiento de esos requisitos* (27). Al igual que existen medidas simplificadas para determinados casos la Directiva establece medidas reforzadas de diligencia debida con respecto al cliente en aquellos casos en los que haya un mayor riesgo de blanqueo de capitales. Así, estas medidas reforzadas se tomarán entre otros, en los casos siguientes:

- 1) En aquellas situaciones que por su propia naturaleza puedan presentar un riesgo más elevado de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo.
- 2) Cuando el cliente no haya estado físicamente presente para su identificación.

---

(27) Tal y como se dispone en el artículo 11 de la Directiva 2005/60/CE.

3) En las relaciones de corresponsalía bancaria transfronteriza con entidades clientes de terceros países.

4) Y, por último, en relación con las transacciones o relaciones de negocios con personas del medio político que residen en otro Estado miembro o en un tercer país.

En el Capítulo III se abordan las obligaciones de información. Estas obligaciones siguen siendo más o menos las mismas que las establecidas por la Directiva 91/308/CEE, pero sigue sin resolverse una de las cuestiones más importantes que se habían planteado con la primera Directiva, las responsabilidades por los daños y perjuicios que se puedan causar a los clientes al aplicar las medidas de prevención dispuestas en estas Directivas (28), es decir, los problemas a los que se enfrentan los clientes de estas entidades financieras si no se realiza, por ejemplo, un pago acordado con la entidad financiera a otro ente por las sospechas que pueda tener la entidad financiera de que este cliente esté blanqueando capitales. Pero, si se demuestra que el cliente no estaba realizando ninguna actividad delictiva, éste podría resultar perjudicado por la aplicación de las obligaciones impuestas por la Directiva a las entidades financieras. El problema radica en que la Directiva no establece contra quién deben dirigirse estas reclamaciones (29). Las entidades financieras, simplemente, están cumpliendo con las obligaciones dispuestas en la Directiva (30), y los Estados están transponiendo a sus ordenamientos jurídicos lo dispuesto en las

---

(28) ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F., *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 117.

(29) En realidad, la Directiva ni siquiera menciona estas posibles reclamaciones de daños y perjuicios.

(30) Como dispone el artículo 26, nos estamos refiriendo a la comunicación de buena fe de las entidades obligadas y comunicación siguiendo estrictamente las directrices marcadas por la Directiva, ya que si la comunicación a la UIF se debe a un error por parte de la entidad obligada será ésta la que deba responder por los posibles daños y perjuicios creados al cliente en cuestión.

*Artículo 26:*

*La comunicación, de buena fe, con arreglo a lo previsto en el artículo 22, apartado 1, y en el artículo 23 de la información contemplada en los artículos 22 y 23 a la UIF, por parte de una entidad o persona sujeta a lo dispuesto en la presente Directiva, o de sus empleados o directivos no constituirá violación de las restricciones sobre divulgación de información impuestas por vía contractual o por cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa y no implicará ningún tipo de responsabilidad para la persona o entidad, sus directivos y empleados.*

Directivas, por lo que las posibles responsabilidades por la aplicación correcta de la Directiva quedan sin una clara solución (31).

La creación de las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) en todos los Estados Miembros fue uno de los grandes logros de esta Directiva (32). Estos entes serán los encargados de analizar en cada uno de los Estados la información que les envían las entidades obligadas sobre sospechas de blanqueo de capitales y de *reporting* sistemático. En España esta unidad será el Servicio Ejecutivo de Prevención del Blanqueo de Capitales (SEPBLAC). Según el artículo 21 de la Directiva, la UIF será responsable de recibir, analizar y divulgar a las autoridades competentes la información que guarde relación con el blanqueo potencial de capitales, la potencial financiación del terrorismo o sea exigida en virtud de las disposiciones legales o reglamentarias nacionales.

Por otro lado, la Directiva, al exigir a las entidades que informen a las UIF, hace mención a las simples sospechas de las entidades obligadas (33). El problema derivado de utilizar un término no jurídico, como es la sospecha, es que deja al libre albedrío de la entidad obligada el informar o no a la UIF. ¿Qué es una sospecha? Según la RAE es la acción y efecto de sospechar, desconfiar o dudar (34). Pero estos

---

(31) Ya que si la aplicación de la Directiva fuese incorrecta (nos referimos a la transposición de ésta al ordenamiento jurídico de cada Estado Miembro), la responsabilidad queda claramente atribuida a la entidad financiera por su incorrecta aplicación.

(32) Que ya se habían sido incluidas en el Proyecto de Estrasburgo de 2005.

(33) Según establece el artículo 22:

1. *Los Estados miembros exigirán a las entidades y personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva y, en su caso, a sus directivos y empleados que colaboren plenamente:*

a) *informando por iniciativa propia, y sin demora, a la UIF cuando la entidad o persona sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva sepan, sospechen o tengan motivos razonables para sospechar que se han cometido o se cometen acciones o tentativas de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo.*

*Artículo 24.*

1. *Los Estados miembros exigirán a las entidades y personas sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva que se abstengan de ejecutar transacciones de las que sepan o sospechen que están relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo hasta tanto no hayan completado la acción necesaria de conformidad con el artículo 22, apartado 1, letra a). Con arreglo a la legislación de los Estados miembros, podrán darse instrucciones para que no se ejecute la operación.*

2. *Cuando se sospeche que la transacción considerada implicará blanqueo de capitales o financiación del terrorismo y abstenerse de ejecutarla resulte imposible o pueda comprometer el procesamiento de los beneficiarios de la presunta operación de blanqueo o financiación del terrorismo, las entidades y personas afectadas informarán de ello a la UIF inmediatamente después.*

(34) Sospechar (del lat. *suspectāre*):

1. tr. Aprender o imaginar algo por conjeturas fundadas en apariencias o visos de verdad.

2. intr. Desconfiar, dudar, recelar de alguien. Era u. t. c. tr.

términos no determinan cuando una entidad debe informar a la UIF de su país. En nuestra opinión hubiera sido más correcto utilizar términos como indicios o certeza, más jurídicos y más claros de aplicar. Creemos que no se debería admitir que en un texto jurídico se utilicen términos no jurídicos que pueden llevar a incurrir en errores y confusión a la hora de interpretarlos por parte de las entidades obligadas.

En el Capítulo IV de la Directiva se establece la conservación de documentos en los casos de diligencia debida con respecto al cliente durante un periodo de cinco años desde que hayan finalizado las relaciones de negocios con su cliente y en los casos de las relaciones de negocios y transacciones, los justificantes y registros, que consistan en documentos originales o en copias que tengan fuerza probatoria similar ante su Derecho nacional, durante un período mínimo de cinco años a partir de la finalización de la relación de negocios. Ya, por último, la Directiva se dedica a reproducir lo ya establecido en la anterior Directiva 91/308/CEE en los Capítulos V y VI (35).

2.3.2.3 *La Directiva 2006/70/CE de la Comisión, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a la definición de «personas del medio político» y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente, así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada*

Esta Directiva desarrolla la Directiva 2005/60/CE, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo. Así, define el concepto de personas del medio político o Persona Políticamente Expuesta (PEP), que en la normativa preventiva española se han concretado en las Personas de Responsabilidad Pública, las cuales son objeto de las medidas de diligencia debida reforzada.

---

(35) En el Capítulo V se establecen las características de las medidas de ejecución y procedimientos en materia de diligencia debida con respecto al cliente, información, conservación de documentos, control interno, evaluación de riesgos, gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación con vistas a prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales. Además, se establecen las sanciones correspondientes por incumplir las obligaciones dispuestas en esta Directiva.

Y, por último, en el Capítulo VI, las medidas de aplicación de la Directiva, y la creación de un Comité sobre prevención del blanqueo de capitales que asistirá a la Comisión en el artículo 41.

La Directiva considera PEPs a los siguientes sujetos:

1. Jefes de Estado, jefes de Gobierno, ministros, subsecretarios o secretarios de Estado;
2. Parlamentarios;
3. Miembros de tribunales supremos, tribunales constitucionales u otras altas instancias judiciales cuyas decisiones no admitan normalmente recurso, salvo en circunstancias excepcionales;
4. Miembros de tribunales de cuentas o de los consejos de bancos centrales;
5. Embajadores, encargados de negocios y altos funcionarios de las fuerzas armadas;
6. Miembros de los órganos administrativos, de gestión o de supervisión de empresas de propiedad estatal.

Además, la Directiva también define como sujetos de riesgo a los familiares más próximos: el cónyuge; toda persona que, con arreglo a la legislación nacional, sea asimilable al cónyuge; los hijos y sus cónyuges o personas asimilables a cónyuges; y los padres. Y, las «personas reconocidas como allegados»: toda persona física de la que sea notorio que participa en la propiedad de una entidad conjuntamente con alguna de las personas políticamente expuestas, o mantenga relaciones empresariales estrechas con las mismas; y, por último, toda persona física que ostente la propiedad económica de una entidad jurídica que notoriamente se haya constituido en beneficio de la persona políticamente expuesta.

Además, especifica en qué ocasiones será posible aplicar «procedimientos simplificados de diligencia debida» en el caso de autoridades u organismos públicos que presenten un riesgo bajo de blanqueo y, por último, incluye la posibilidad de excluir del ámbito de aplicación de la Directiva 2005/60/CE a aquellas entidades que desarrollen actividad financiera de forma ocasional o muy limitadas.

2.3.2.4 *La Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión*

La Directiva 2015/849 (del Parlamento Europeo y del Consejo), también conocida como la cuarta Directiva sobre el blanqueo de capi-

tales, impone obligaciones a las empresas privadas para prevenir y detectar el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. La Directiva se aplica principalmente a las instituciones financieras, pero también abarca otros sectores vulnerables para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, en particular, asesores fiscales, notarios, proveedores de servicios de fideicomiso, agentes inmobiliarios y también a todas aquellas personas que realicen pagos en efectivo por una cantidad de 10.000 euros o superior.

De acuerdo con la directiva, los sujetos obligados deben cumplir con el DDC (a grandes rasgos), es decir, deben verificar la identidad de sus clientes y el propósito de cualquier transacción. Tales obligaciones de diligencia debida se aplican cuando se establece una relación comercial, realizando una transacción de 15.000 euros o más (o transferencias en efectivo de 10.000 euros o más) cuando existe una sospecha de blanqueo de capitales o de financiación de terrorismo o cuando existan dudas sobre la fiabilidad de los datos de identificación del cliente.

Cuando una entidad obligada sospecha o tiene motivos razonables para sospechar que los fondos de su cliente son el producto de una actividad delictiva o relacionada con la financiación del terrorismo, debe, por propia iniciativa, informar a su autoridad competente nacional (FIU, en el caso de España es el SEPBLAC) y tiene que responder a las solicitudes de información adicional que le solicite su autoridad competente nacional. Además, las entidades obligadas deben abstenerse de llevar a cabo transacciones sospechosas (excepto si creen que, de este modo, su cliente sospechará que está realizando una comunicación a la FIU).

2.3.2.5 *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*

Nada más entrar en vigor la Directiva 849/2015 de 20 de mayo, se inició el proceso de su reforma, impulsado por los últimos ataques terroristas en Europa, a través de lo cual, podemos observar la importancia de intentar transponer a los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados Miembros las Directivas a la mayor brevedad posible. La delincuencia relacionada con el blanqueo de capitales siempre intenta ir un paso por delante de la legislación por lo que transponer

con rapidez las directivas puede ser decisivo a la hora de intentar frenar sus actividades delictivas.

Esta Directiva entró en vigor a los veinte días de su publicación, en el Diario Oficial de la Unión Europea, es decir, el 19 de junio de 2018.

Esta última directiva apuesta por mejorar la capacidad de las autoridades para rastrear a los terroristas a través de movimientos financieros. Así pues, el Preámbulo de la misma 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 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»*. Además, *«la integridad del sistema financiero de la Unión depende de la transparencia de las sociedades y otras entidades jurídicas, fideicomisos (del tipo «trust») e instrumentos jurídicos análogos»* y por ello, *«la presente Directiva no solo tiene por objeto detectar e investigar el blanqueo de capitales, sino también prevenirlo»*.

En líneas generales, esta última Directiva incide en cinco aspectos fundamentales:

1. En primer lugar, la regulación de las monedas virtuales para evitar su uso indebido con fines delictivos. Así pues, *«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. 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.

2. En segundo lugar, intenta armonizar los requisitos de diligencia debida con respecto a los países terceros de alto riesgo (36).

3. En tercer lugar, refuerza las funciones e importancia de las UIF. Así pues, reconoce que las UIF desempeña un papel importante en la identificación de las operaciones financieras de las redes terroristas a través de las fronteras y en la detección de sus patrocinadores financieros. Por lo tanto, la propuesta tiene como objetivo ampliar el alcance y el acceso a la información disponible para UIF. Con esta modificación, deben poder solicitar datos de las instituciones financieras, incluso en ausencia de un reporte de operación sospechosa de blanqueo o de financiación de terrorismo por parte de dicha institución. De acuerdo con esto, la propuesta aclara y fortalece los poderes de las UIF nacionales para solicitar información a las instituciones financieras.

4. En cuarto lugar, dispone que las propias sociedades deben obtener y conservar una información adecuada sobre su titularidad real y añade que *la «información precisa y actualizada sobre el titular real es un factor clave para la localización de los delincuentes, que, de otro modo, podrían ocultar su identidad tras una estructura societaria»*.

5. Y, en último lugar, determina que debe crearse un registro central automatizado en los Estados Miembros para que, de este modo, la identificación de los titulares reales sea rápida y eficaz. Establece la Directiva que, de este modo, los Estados Miembros puedan *«establecer por ley el tratamiento de la información sobre la titularidad real, incluidos los datos personales para otros fines, si dicho tratamiento cumple un objetivo de interés público y constituye una medida necesaria y proporcionada al objetivo legítimo perseguido en una sociedad democrática»* (37).

---

(36) Así pues, se pretende garantizar una lucha homogénea en todos los países miembros de la Unión Europea contra los países denominados de alto riesgo. Por ello, la Directiva insta a renovar la lista de países de alto riesgo. Cabe recordar que los países que firmen acuerdos de intercambio de información o convenios de doble imposición pueden salir de esa lista.

(37) En cuanto a las fechas de transposición de la Directiva, el artículo 67 establece los plazos de transposición de la Directiva en los siguientes términos. Así pues, establece un plazo general para su transposición a los ordenamientos jurídicos internos de los distintos Estados Miembros el 10 de enero de 2020.

En segundo lugar, respecto a la transposición del artículo 12.3 de la Directiva establece que debe realizarse como fecha tope el 10 de julio de 2020. Este artículo dispone: «Los Estados miembros garantizarán que las entidades de crédito y las entidades financieras que actúen como adquirentes acepten solo los pagos efectuados con tarjetas de prepago anónimas emitidas en terceros países cuando esas tarjetas cumplan requisitos equivalentes a los establecidos en los apartados 1 y 2. Los Estados



### 2.3.3 LAS DECISIONES MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

A pesar de que el derecho de la Unión Europea todavía no contiene una disposición específica sobre el derecho penal relativa a la financiación del terrorismo, y, ante la ausencia de una Directiva específica en materia de terrorismo (38), debemos centrar nuestra atención en dos Decisiones Marco del Consejo de la Unión Europea que han sido referentes para los Estados Miembros en sus modificaciones legislativas internas sobre esta materia (39). Nos estamos refiriendo a la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea de 23 de junio sobre la lucha contra el terrorismo y las modificaciones operadas en la misma por la Decisión Marco 2008/919/JAI del 28 de noviembre.

Así pues, la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea de 23 de junio sobre la lucha contra el terrorismo en su artículo segundo, párrafo segundo obliga a los Estados miembros a penalizar la participación en las actividades de una organización terrorista, incluso mediante el suministro de recursos materiales, o mediante la financiación de sus actividades de cualquier manera.

En la Decisión Marco de 2002 se indicaba que todos los Estados miembros debían adoptar las medidas necesarias para poder considerar delitos de terrorismo los actos intencionados que por su naturaleza pudieran lesionar gravemente a un país, o a una organización internacional. Más precisamente se detallaba que se considerará terrorismo todos aquellos actos cometidos con la finalidad de intimidar gravemente a la población, o de coaccionar a los poderes públicos o a una organización internacional, o con la finalidad de desestabilizar o destruir las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional.

Este es el punto de partida en materia antiterrorista de la Unión Europea. La modificación de la Decisión Marco 2002/475 por la Decisión Marco 2008/919/JAI del 28 de noviembre se justifica por el

---

miembros podrán decidir no aceptar en su territorio los pagos efectuados con tarjetas de prepago anónimas.».

En tercer lugar, para el inicio del funcionamiento de los registros de titulares reales la fecha máxima es el 10 de enero de 2020; Para los registros de fideicomisos, el 10 de marzo de 2020; y para los registros centrales automatizados mecanismos automatizados, la fecha tope será el 10 de septiembre de 2020; por último, para la interconexión de registros de titulares reales y fideicomisos, el 10 de marzo de 2021.

(38) Ya que como acabamos de ver, las directivas actuales se refieren al blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo conjuntamente.

(39) AGUDO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M., PERRINO PÉREZ, A. L., *Terrorismo en el siglo XXI. La respuesta penal en el escenario mundial*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 69 y ss.

incremento de la amenaza terrorista y los nuevos *modus operandi* de los terroristas a través de Internet y las redes sociales.

Además de estas Decisiones Marco, debemos destacar la Estrategia contra el Terrorismo de la UE, publicada en noviembre de 2005. La Estrategia sigue una línea de lucha global contra el terrorismo. Así pues, dispone lo siguiente: «*Luchar contra el terrorismo de forma global, al tiempo que se respetan los derechos humanos y se crea una Europa más segura, que permita a sus ciudadanos vivir en un espacio de libertad, seguridad y justicia*» (40).

## 2.4 La lucha contra la financiación del terrorismo en otros organismos internacionales

Muchos han sido los organismos internacionales que han tratado de paliar la financiación del terrorismo. Por sus implicaciones internacionales, varias organizaciones a escala mundial han intentado aunar grupos más pequeños para el intercambio de información y así poder luchar de una manera más eficaz contra el terrorismo y su financiación. De este modo, intentaremos dar una perspectiva general de alguno de estos grupos.

### 2.4.1 EL GRUPO EGMONT

El grupo EGMONT fue creado en junio de 1995. Su principal objetivo es fomentar la creación en todos los países de Unidades de Inteligencia Financiera, para que cooperen entre sí e intercambien información financiera. Actualmente, el Grupo EGMONT agrupa a 101 de estas Unidades. Su actuación se fundamenta en una declaración de principios redactada en Madrid en junio de 1997 y revisada en La Haya en junio de 2001. En cuanto a sus órganos de gobierno, el Grupo dispone de una Secretaría Permanente y cinco Grupos de Tra-

---

(40) La estrategia se centra en cuatro pilares: «Prevenir, Proteger, Perseguir y Responder». Prevenir, para evitar la radicalización de la población afrontando las causas mismas y evitando nuevas generaciones de terroristas. Proteger a los ciudadanos reduciendo nuestra vulnerabilidad y aumentando la resiliencia de nuestras sociedades. Perseguir e investigar a los terroristas para bloquear su financiación y sentarlos ante la justicia. Responder coordinadamente para reducir las consecuencias de un posible ataque terrorista. Además, en todos estos pilares, la Estrategia reconoce la importancia de la cooperación con terceros países e instituciones internacionales.

bajo para su correcto funcionamiento. Estos Grupos de Trabajo son los siguientes:

1) El Grupo de Trabajo Legal (*Legal Working Group*, LWG). Su objetivo es verificar si las Unidades de Inteligencia Financiera que se incorporan al Grupo EGMONT tienen una finalidad y estructuras similares a las establecidas en la declaración de principios del Grupo EGMONT.

2) El Grupo de Trabajo de Formación y Comunicación (*Training Working Group*, TWG) elabora informes y publicaciones y supervisa el correcto funcionamiento de la red segura para el intercambio de información entre Unidades de Inteligencia Financiera (*Egmont Secure Web*, ESW).

3) El Grupo de Trabajo de *Outreach* (*Outreach Working Group*, OWG) difunde información del Grupo EGMONT en todo el mundo, para que otros países creen sus propias Unidades de Inteligencia Financiera.

4) El Grupo de Trabajo Operacional (*Operational Working Group*), debe fomentar la cooperación entre las divisiones analíticas y operativas de las Unidades de Inteligencia Financiera miembros de EGMONT.

5) El Grupo de Trabajo de Información Tecnológica (*IT Working Group*), está destinado a prestar asistencia técnica y a asesorar a las Unidades de Inteligencia Financiera para que desarrollen y mejoren sus sistemas informáticos.

#### 2.4.2 EL GAFISUD.

El GAFISUD es una organización intergubernamental que sigue en líneas generales la estructura del GAFI, pero que agrupa a los países de América del Sur para luchar contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Esta organización se creó el 8 de diciembre de 2000 en Cartagena de Indias (Colombia). Forman parte del GAFISUD Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay (41).

El GAFISUD cuenta con una Secretaría con sede en la República Argentina. Sus órganos de funcionamiento son el Pleno de Represen-

---

(41) Participan como observadores de esta organización: Alemania, el Banco Mundial; el Banco Interamericano de Desarrollo, el Grupo EGMONT, España, Estados Unidos, FMI, Francia, Méjico, Naciones Unidas y Portugal. También asisten a sus reuniones, como organizaciones afines, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI/FATF) y la Organización de Estados Americanos a través de la Comisión Interamericana para el Control del abuso de drogas (CICAD).

tantes, el Consejo de Autoridades y la Secretaría del Grupo. En líneas generales los métodos de lucha contra el blanqueo de capitales del GAFISUD son similares a los del GAFI.

#### 2.4.3 EL PROYECTO FIU NET

El Proyecto FIU Net (Red de intercambio de información entre Unidades de Inteligencia Financiera de la Unión Europea) nació en junio de 2000 por iniciativa del Ministerio de Justicia holandés y de las Unidades de Inteligencia Financiera de Holanda (*MOT*), Reino Unido (*NCIS*) y Bélgica (*CTIF-CFI*). Actualmente, forman parte de este Proyecto las Unidades de Inteligencia Financiera de Alemania, Bélgica, España, Francia, Holanda, Italia, Luxemburgo y Reino Unido.

El objetivo principal de FIU Net es la creación de unos canales de comunicación adecuados y seguros entre las Unidades de Inteligencia Financiera de los Estados miembros para intercambiar de forma segura toda la información que crean conveniente sobre el blanqueo de capitales. La Decisión del Consejo de 17 de octubre de 2000 sobre cooperación entre Unidades de Inteligencia Financiera de los Estados miembros en materia de intercambio de información ratificó el intercambio de información entre Unidades de Inteligencia Financiera de los Estados miembros.

#### 2.4.4 EL MONEYVAL

El Comité de Expertos para la Evaluación de las medidas de lucha contra el blanqueo de capitales (más conocido como MONEYVAL) fue creado en el seno del Consejo de Europa en 1997. Este Comité se creó para revisar las medidas de prevención del blanqueo de capitales y de lucha contra el terrorismo de los Estados Miembros que no formaran parte del GAFI. De este modo, se evalúa el cumplimiento de todas las normas internacionales por parte de los miembros en los aspectos jurídicos y financieros. Actualmente el MONEYVAL cuenta con 28 miembros permanentes y dos miembros temporales, además de numerosos observadores (42).

---

(42) Observadores del MONEYVAL:

Active Observers: Israel (active observer status as of January 2006).

Regular Observers: The following countries and organisations have regular observer status with MONEYVAL:

Canada, Holy See, Japan, Mexico, United States of America, Members of the FATF other than those referred to as members, Secretariat of the Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF), Commission of the European Communities and the Secretariat General of the Council of the European Union, ICPO-Interpol,

Los miembros del MONEYVAL pueden pasar a formas parte posteriormente del grupo GAFI, pero aunque en un principio el MONEYVAL fue creado para aquellos países que no formasen parte del GAFI, pueden seguir vinculados al MONEYVAL si lo desean (43).

#### 2.4.5 LAS 40 RECOMENDACIONES DEL GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI).

El Grupo de Acción Financiera (GAFI) o *Financial Action Task Force on Money Laundering* (FATF) es un organismo intergubernamental cuyo propósito es elaborar y promover medidas para combatir el blanqueo de capitales. Se creó en París en julio de 1989 por la Cumbre del G-7. En un principio, el GAFI, tenía una vigencia limitada hasta el año 2004, pero sus competencias se ampliaron en tiempo y contenido. Así, hoy en día está encargado no sólo de la prevención del blanqueo sino también de la financiación del terrorismo, por lo que su vigencia se ha extendido hasta el año 2012. Este grupo ha elaborado múltiples documentos sobre la prevención del blanqueo, destacando entre ellos las 40 Recomendaciones GAFI. Ahora bien, las decisiones tomadas por el GAFI no son vinculantes. Sin embargo, las 40 Recomendaciones elaboradas por este órgano han sido un gran precedente para las legislaciones de muchos países (44), entre ellos, España.

---

Commonwealth Secretariat, International Monetary Fund (IMF), United Nations Drug Control Programme (UNDCP), United Nations Counter-Terrorism Committee (CTC), United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Division, World Bank, European Bank of Reconstruction and Development (EBRD), Offshore Group of Banking Supervisors (OGBS), Egmont Group, Eurasian Group on Combating Money Laundering and Terrorist Financing (EAG)

Fuente: <http://www.coe.int>. Página web del MONEYVAL. Página última vez consultada el 19 de febrero de 2020.

(43) Para reforzar su eficacia contra el blanqueo de capitales, este órgano tiene una estrecha cooperación con otros organismos internacionales, en particular con los siguientes:

- 1) El GAFI: El MONEYVAL es un miembro asociado del GAFI desde junio de 2006.
- 2) El FMI y el Banco Mundial con las que MONEYVAL tiene estatuto de observador (tal es el caso del Grupo euro-asiático creado en 2004).

(44) La importancia de estas Recomendaciones del GAFI se debe a que en la actualidad tiene 31 países miembros, entre ellos España, Alemania, Estados Unidos o Luxemburgo, China como país observador, dos organismos internacionales: la Comisión Europea y el Consejo de Cooperación del Golfo, y como Observadores, a los siguientes organismos internacionales:

Grupos regionales estilo GAFI:

Grupo Asia/Pacífico (APG).

Grupo de Acción Financiera del Caribe (CFATF).

Las 40 Recomendaciones de GAFI fueron elaboradas en 1990 y revisadas el 20 de junio del 2003. El GAFI, en plenario extraordinario celebrado en Washington el 31 de octubre de 2001, amplió su campo de acción sobre la prevención del blanqueo de capitales a la lucha contra el terrorismo y su financiación. De este modo, aprobó las nueve Recomendaciones Especiales que complementan a las 40 Recomendaciones en materia de financiación de terrorismo.

En estas Recomendaciones destacan las referentes a las medidas de prevención que deben tener las instituciones financieras y no financieras respecto a las medidas de verificación e identificación de sus clientes (45), medida que no es novedosa y que incluyó la Directiva

---

Comité de Expertos del Consejo de Europa (MONEYVAL).

Grupo Euroasiático (EAG).

Grupo del Este y del Sur de África (ESAAMLG).

Grupo de Acción Financiera de Suramérica (GAFISUD).

Grupo de Acción Financiera del Medio Este y Norte de África (MENAFATF).

Otros organismos internacionales:

Banco Africano de Desarrollo.

Banco Asiático de Desarrollo.

Secretaría de Commonwealth.

Grupo Egmont.

Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (EBRD).

Banco Central Europeo (ECB).

Europol.

Banco Interamericano de Desarrollo (IDB).

Fondo Monetario Internacional (IMF).

Interpol.

Organización internacional de Comisión de Valores (IOSCO).

Comisión Interamericana para el control del abuso de drogas (CICAD).

Grupo offshore de supervisores bancarios (OGBS).

Oficina de Naciones Unidas contra la droga.

Banco mundial.

Organización mundial de aduanas (WCO).

Grupo de Acción Intergubernamental contra el blanqueo en África (GIABA).

Asociación Internacional de Supervisores de seguros (IAIS).

Organización de Estados Americanos/Comité Interamericano contra el terrorismo (OAS/CICTE).

Organización de cooperación Económica y Desarrollo (OECD).

Fuente: <http://www.sepblac.es>

(45) Recomendación 5: Procedimientos de debida diligencia (DDC) y registros actualizados sobre clientes.

*Las instituciones financieras no deberían mantener cuentas anónimas o cuentas bajo nombres evidentemente ficticios.*

*Las instituciones financieras deberían tomar medidas para llevar a cabo procedimientos de debida diligencia respecto del cliente, entre ellas la identificación y verificación de la identidad de sus clientes, cuando:*

*se inicien relaciones comerciales;*

91/308/CEE transpuesta al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de Prevención del Blanqueo de Capitales. Las instituciones no financieras obligadas al cumplimiento de estas diligencias son las dispuestas en la Recomendación 5, entre otras: los casinos, los agentes inmobiliarios, los empresarios dedicados a la compraventa de metales preciosos y piedras preciosas, los abogados, los notarios y los proveedores de servicios de sociedades y fideicomisos. En las siguientes Recomendaciones, de la 12 a la 20, el GAFI recomienda a las entidades financieras no tener cuentas anónimas, ampliar el periodo de conservación de los documentos a cinco años, e impartir cursos de formación a sus empleados.

Además de estas medidas, el GAFI en sus Recomendaciones 21 y 22 (46) impone sanciones a aquellos estados que no cumplan estas Recomendaciones. En realidad, en nuestra opinión, estas sanciones

---

*se lleven a cabo operaciones ocasionales: (i) por encima del umbral designado aplicable; o (ii) que sean transferencias electrónicas en las circunstancias cubiertas por la Nota Interpretativa de la Recomendación Especial VII;*

*exista la sospecha de lavado de activos o financiamiento del terrorismo; o la institución financiera tenga dudas acerca de la veracidad o congruencia de la información de identificación del cliente obtenida anteriormente.*

*Las medidas a tomar sobre procedimientos de debida diligencia respecto del cliente son las siguientes:*

*a) identificar al cliente y verificar su identidad empleando documentos, datos e información de una fuente independiente y confiable*

*b) identificar al beneficiario final, y tomar medidas razonables para verificar la identidad del beneficiario final de modo que la institución financiera quede convencida de que conoce al beneficiario final. En el caso de las personas jurídicas y otras estructuras jurídicas, las instituciones financieras deberían, además, tomar medidas razonables para conocer la estructura de propiedad y control del cliente;*

*c) obtener la información sobre el propósito y la naturaleza de la relación comercial;*

*d) llevar a cabo un proceso continuo de debida diligencia respecto de la relación comercial, así como un examen detallado de las operaciones realizadas durante todo el curso de esa relación, con el fin de asegurar que las operaciones que se están haciendo son compatibles con lo que la institución sabe del cliente, sus negocios y perfil de riesgo, incluso el origen de los fondos, en caso necesario.*

(46) Medidas a adoptar con respecto a países donde no se aplican las Recomendaciones del GAFI o se las aplica insuficientemente:

Recomendación 21. *Las instituciones financieras deberían prestar especial atención a las relaciones comerciales y operaciones con personas, incluidas las empresas e instituciones financieras, de países donde no se aplican las Recomendaciones del GAFI no se las aplica suficientemente. Cuando estas operaciones no tengan una causa lícita o económica aparente, deberá examinarse su trasfondo y fines, en la mayor medida posible, plasmándose los resultados por escrito, los que deben estar disponibles para ayudar a las autoridades competentes. En el caso de que ese*

son sólo meramente orientativas de las sanciones que deban establecer los Estados Miembros del GAFI, ya que las 40 Recomendaciones no son de obligado cumplimiento, son sólo eso, recomendaciones. Así, en el caso de que terceros países no apliquen las Recomendaciones, los países miembros del GAFI deberían poder aplicar contramedidas apropiadas.

Todas estas medidas preventivas tuvieron su reflejo en el ordenamiento jurídico español en la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de Prevención del Blanqueo de Capitales (47) y el Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (48) y en las actuales Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y su Reglamento de desarrollo, el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

### 3. LA NORMATIVA NACIONAL DE LUCHA CONTRA LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO

Las amenazas asociadas con la financiación del terrorismo están en constante evolución, lo cual requiere la actualización periódica de las normativas para luchar contra este tipo de delincuencia. Los países miembros de la UE, y, evidentemente, entre ellos España, han optado por desarrollar dos líneas diferentes para combatir la financiación del terrorismo. En primer lugar, la línea preventiva, que, tal y como en la lucha contra el blanqueo de capitales, sería el establecimiento de una serie de obligaciones para las diferentes entidades obligadas por la normativa preventiva (entidades financieras, casinos, abogados, asesores fiscales, etc.), a través de las cuales, estas entidades deben identificar las transacciones sospechosas; y en segundo lugar una línea

---

*pais siga sin aplicar o aplicando de modo insuficiente las Recomendaciones del GAFI, las jurisdicciones deberían poder aplicar contramedidas apropiadas.*

(47) La ley 19/1993 sufrió varias modificaciones, la más importante fue la realizada por 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 del blanqueo de capitales (que modificó los artículos 1.1; artículo 2.2, 3 y 4; artículo 3.1, 2, 4, 7 y 9; artículo 5.2; artículo 8.3; artículo 12; y artículo 13.1).

(48) Esta ley modificó a la ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre Régimen jurídico de Control de Cambios, la cual actualmente está prácticamente derogada.



represiva, que consistiría en la tipificación de los delitos regulados en los Códigos Penales de los distintos países (49). Es decir, con la perspectiva preventiva de luchar contra la financiación del terrorismo antes de que se cometa el acto terrorista, cortando sus fuentes de financiación y, desde la perspectiva punitiva, castigando el delito, una vez que ya se haya cometido el mismo.

### 3.1 Normativa administrativa española en materia de prevención

#### 3.1.1 LA LEY 10/2010 DE 28 DE ABRIL, DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITALES Y DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO

En cuanto a la normativa preventiva administrativa, la Ley 10/2010 y su antecesora, la Ley 19/1993, mantienen el propósito de prevenir la utilización del sistema financiero mediante la imposición de obligaciones a determinados sujetos como medio para blanquear capitales o para financiar actividades terroristas. Así pues, estos sujetos obligados deben informar al SEPBLAC (que es la UIF española) de todas aquellas actividades sospechosas de estar relacionadas con la financiación del terrorismo.

La Ley 10/2010 es una ley administrativa y su propósito es prevenir la utilización del sistema financiero para blanquear capitales y financiar el terrorismo mediante la información que proporcionen los sujetos obligados por esta ley (50). Es decir, no es una ley de índole penal, punitiva, cuyo objetivo sea el castigo del delito de la financiación del terrorismo, sino que, su fin es prevenirlo. En su artículo 1 define qué es financiación del terrorismo a efectos de la lucha preventiva. Así pues, dispone en el artículo 1, apartado 3 que, *a los efectos de la presente Ley, se entenderá por financiación del terrorismo el suministro, el depósito, la distribución o la recogida de fondos o bienes, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con la intención de utilizarlos o con el conocimiento de que serán utilizados, íntegramente o en parte, para la comisión de cualquiera de los delitos de terrorismo tipificados en el Código Penal. Se considerará que existe*

(49) SCHNEIDER, F. y 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, Berlín, Economics of Security, 2011, pp. 6-8.

(50) Artículo 1.1: *La presente Ley tiene por objeto la protección de la integridad del sistema financiero y de otros sectores de actividad económica mediante el establecimiento de obligaciones de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.*

*financiación del terrorismo aun cuando el suministro o la recogida de fondos o bienes se hayan desarrollado en el territorio de otro Estado.*

En realidad este concepto de financiación del terrorismo no es más que la transposición del concepto de blanqueo establecido en la Directiva 2015/849/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión (51).

Una de las grandes novedades de esta ley es que unifica los regímenes de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (52) y amplía el concepto de blanqueo de capitales, es decir, siempre que se trate de ocultar bienes procedentes de actividades ilícitas, estaremos en presencia de blanqueo de capitales.

Además, es importante destacar que la Ley, siguiendo las directrices de la Directiva establece una nueva regulación de obligaciones en función del riesgo asociado a los sujetos obligados y clientes (personas expuestas políticamente o PEPs; así la ley desarrolla tres tipos distintos de diligencia debida: las medidas de diligencia estándar, de diligencia simplificada y de diligencia reforzada. También permite externalizar en terceros la aplicación de medidas de diligencia debida en algunos casos.

Por último, debemos destacar que la Ley 10/2010 incluye nuevos sujetos obligados por la normativa, añadiéndolos a la ya de por sí larga lista que había establecido su antecesora, la ley 19/1993. Así pues, por ejemplo, se han incluido como sujetos obligados las empresas de asesoramiento financiero y personas físicas o jurídicas dedicadas profesionalmente a la intermediación en la concesión de préstamos y los sujetos dedicados al comercio en efectivo con bienes de alto valor, entre otros.

---

(51) Así pues, se considerará «A efectos de la presente Directiva, se entenderá por *«financiación del terrorismo» el suministro o la recogida de fondos, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con la intención de utilizarlos o con el conocimiento de que serán utilizados, íntegramente o en parte, para la comisión de cualquiera de los delitos contemplados en los artículos 1 a 4 de la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo».*

(52) Sin perjuicio de que la Ley 12/2003, de 21 de mayo, seguirá en vigor para todo aquello relativo al bloqueo de fondos, bajo el ámbito del Ministerio de Interior.

Esta ley ha sido tachada de tener un marcado carácter reglamentista, con lo cual, ha suplido al Reglamento, hasta su promulgación en 2014 (53).

3.1.2 EL REAL DECRETO 304/2014, DE 5 DE MAYO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LA LEY 10/2010, DE 28 DE ABRIL, DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITAL Y DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO

Este Reglamento desarrolla la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y deroga el Real Decreto 925/1995, de 9 de junio de prevención de blanqueo de capitales

---

(53) Además de la actual Ley 10/2010 y su reglamento, existen un gran número de normas en materia de prevención de blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español, entre las que destacamos las siguientes:

– Resolución de 10 de agosto de 2012, de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, por la que se publica el Acuerdo de 17 de julio de 2012, de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, por el que se determinan las jurisdicciones que establecen requisitos equivalentes a los de la legislación española de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (*BOE* 23/08/12).

– Orden EHA/114/2008, de 29 de enero, reguladora del cumplimiento de determinadas obligaciones de los notarios en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales.

– Orden EHA/2444/2007, de 31 de julio, por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, aprobado por Real Decreto 925/1995, de 9 de junio, en relación con el informe externo sobre los procedimientos y órganos de control interno y comunicación establecidos para prevenir el blanqueo de capitales.

– Orden EHA/2619/2006, de 28 de julio, por la que se desarrollan determinadas obligaciones de prevención del blanqueo de capitales de los sujetos obligados que realicen actividad de cambio de moneda o gestión de transferencias con el exterior.

– Orden EHA 1439/2006, de 3 de mayo, reguladora de la declaración de movimientos de medios de pago en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales.

– Orden EHA/2963/2005, de 20 de septiembre, reguladora del Órgano Centralizado de Prevención en materia de blanqueo de capitales en el Consejo General del Notariado.

– Orden ECO/2652/2002, de 24 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de comunicación de operaciones en relación con determinados países al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias.

– Circular 6/2001 del Banco de España, de 29 de octubre, sobre Titulares de Establecimientos de Cambio de Moneda.

– Orden de 16 de noviembre de 2000 de regulación de determinados aspectos del régimen jurídico de los establecimientos de cambio de moneda y sus agentes.

En cuanto al Reglamento, podemos destacar varios aspectos, en primer lugar, incorpora las principales novedades de la normativa internacional a partir de la aprobación de las nuevas Recomendaciones de GAFI. Además, como novedad, establece la obligación de los sujetos obligados de analizar los riesgos principales en función del tipo de negocio, de productos y de clientes con los que establezcan relaciones de negocio. También limita las obligaciones procedimentales para los sujetos de tamaño reducido, pero también incrementa la exigencia a los sujetos obligados en función de la dimensión y volumen de negocio.

Es importante destacar que con este Reglamento se prevé la creación de un Fichero de Titularidades Financieras. Además, refuerza a la Comisión mediante la ampliación de las instituciones en ella participantes y la creación de un nuevo órgano dependiente de aquella, el Comité de Inteligencia Financiera.

### **3.2 La normativa penal. Los antecedentes históricos y la situación actual del delito de financiación del terrorismo previsto en el artículo 576 del Código Penal**

La normativa penal española sobre el terrorismo y la financiación del terrorismo ha evolucionado exponencialmente en las últimas dos décadas debido al cambio de paradigma del terrorismo al que se deben enfrentar nuestras Fuerzas de Seguridad. Así pues, la regulación dispuesta en el Código Penal de 1995 era una regulación que intentaba luchar contra un terrorismo «nacional» pero esta regulación empieza a cambiar con las reformas del 2010 y 2015 para hacer frente a los nuevos fenómenos terroristas de origen deslocalizado. Como resultado, en la actualidad disponemos de una legislación antiterrorista expansiva que intenta abarcar con discutido resultado todos los fenómenos que abarca el terrorismo.

Actualmente el delito de financiación del terrorismo es un delito independiente del delito de terrorismo, pero en el Código Penal de 1995, la financiación del terrorismo se castigaba en el artículo 576 con el tipo genérico de colaboración con organizaciones terroristas o banda armada (54).

---

(54) Sobre la evolución inicial de la represión de la financiación del terrorismo véase MORAL DE LA ROSA, J., Financiación del terrorismo en *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario. Un Análisis crítico*, Tirant lo Blanch, 2010, p. 274.

La regulación del terrorismo del Código Penal de 1995 se encontraba dispuesta en la sección 2.<sup>a</sup>, del capítulo V, del Título XXII, del Libro II, correspondiente a los delitos contra el orden público. Esta primera legislación configuraba el fenómeno terrorista como una agravación genérica o específica de los delitos comunes por razón de su base organizativa y la finalidad perseguida. Esta regulación, como acabamos de exponer, estaba desarrollada para combatir el terrorismo nacional (55).

Además del artículo 576 del CP, también existía un delito específico en el artículo 574 que tipificaba como delito los atentados contra el patrimonio cuando tuviesen por objeto aportar fondos para bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas con el fin de favorecer sus actividades (56).

Es decir, hasta las recientes reformas de 2010 y 2015, la cooperación en términos financieros con una organización terrorista se sancionaba a través de este artículo 576 del Código Penal. Debemos destacar en este punto que la doctrina penalista no se inclinaba hacia la tipificación del delito de financiación del terrorismo como un delito autónomo sino todo lo contrario, ya que en nuestro ordenamiento jurídico penal ya existían otras figuras penales que podían responder penalmente contra el terrorismo y su financiación (57).

---

(55) No olvidemos que, hasta los ataques de 2004 en Madrid, los ataques terroristas que se producían en España eran prácticamente todos protagonizados por la banda terrorista ETA.

(56) Esta regulación fue objeto de críticas unánimes desde la doctrina pues la agravación en unión al concurso de delitos suponía amparar un proscrito *bis in idem*. Era el producto de una reprobada inflación de tipos penales.

(57) BLANCO CORDERO, I., «¿Es necesario tipificar el delito de financiación del terrorismo en el Código Penal español?» en *Athena Intelligence Journal*. Vol. 4, no 1, enero-marzo de 2009, pp. 35-68.

Así pues, BLANCO CORDERO expone que «... una cosa es acomodar la legislación a los Convenios internacionales, y otra copiar sin más el contenido de estos, que parece ser la opción del legislador en el Anteproyecto de reforma del CP de 2008. Obviamente es difícil sustraerse a esta forma de proceder cuando existe un organismo como el GAFI que está llevando a cabo una importante labor de «armonización», o quizás mejor de equiparación de las normas penales de los Estados. Es más, en la órbita de atajar la financiación del terrorismo con la misma estrategia seguida contra el blanqueo de capitales se alzan algunas voces que plantean que dicha estrategia, en principio preventiva, se traslade también al ámbito penal. Y entre las propuestas está la sanción penal incluso de la financiación imprudente del terrorismo, que vendría a ser la contrapartida del blanqueo imprudente. Estas propuestas van más allá de lo que exigen los Convenios internacionales, y desde luego creo que son innecesarias, pues a día de hoy la mayoría de los casos podrían canalizarse en España a través del castigo del blanqueo de capitales imprudente. Es necesario incorporar un delito que castigue específicamente la financiación del terrorismo, que cumpla con las obligaciones internacionales que vinculan a España. Pero es conveniente que se haga respetando nues-

En el año 2010 se produce la primera modificación de esta normativa. Así pues, el Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, establece que *una de las importantes novedades que introduce la presente ley es una profunda reordenación y clarificación del tratamiento penal de las conductas terroristas, incluyendo entre ellas la propia formación, integración o participación en organizaciones o grupos terroristas, al tiempo que se incorporan algunas novedades que dan cumplimiento a las obligaciones legislativas derivadas de la Decisión Marco 2008/919/JAI.*

Por otro lado, la LO 5/2010 modifica el artículo 576 bis que había incorporado la LO 20/2003, de 23 de diciembre (58). Este precepto, *pasa ahora a recoger la tipificación expresa del delito de financiación del terrorismo, que además se completa, siguiendo la línea normativa trazada en materia de blanqueo de capitales, con la inclusión de la conducta imprudente de los sujetos especialmente obligados a colaborar con la Administración en la prevención de dicha financiación (59).*

La redacción actual del delito de financiación del terrorismo procede de Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo (60). Su antecedente inmediato es el art. 576 bis, introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre,

---

tra tradición, muy antigua por sufrir el azote histórico de esta forma tan grave de delincuencia».

(58) La LO 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del CP, introdujo el art. 576 bis CP, por el que se castigaba a la autoridad o funcionario que allegara fondos para asociaciones ilegales o partidos políticos disueltos. Sin embargo, los artículos introducidos por la LO 20/2003, quedaron vacíos de contenido por la LO 2/2005, de 22 de junio, de modificación del Código Penal. La Exposición de Motivos de la LO 2/2005 justifica su derogación disponiendo lo siguiente: [...] *se refieren a conductas que no tienen la suficiente entidad como para merecer el reproche penal, y menos aún si la pena que se contempla es la prisión. [...] las conductas que se contemplan en estos tipos penales no presentan las notas exigidas para proceder a su incriminación. La Constitución y el conjunto del ordenamiento jurídico ya cuentan con los instrumentos suficientes y adecuados para asegurar el respeto a la legalidad y a las instituciones democráticas y garantizar la convivencia pacífica de todos los ciudadanos.*

(59) Preámbulo LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (XXIX).

(60) La cual se tramita al margen de la reforma del Código Penal de 2015, como una «legislación especial» tal y como ha expuesto CANO PAÑOS. Cfr. CANO PAÑOS, M. A., «La reforma de los delitos de terrorismo», en MORILLAS CUEVAS, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*. Dykinson, Madrid, 2015, p. 909.

del Código Penal, en el que, por vez primera, se tipifica de manera específica y autónoma el delito de financiación del terrorismo.

El Preámbulo de la LO 2/2015, de 30 de marzo dispone que *el Código Penal no debe, en ningún caso, perder esa perspectiva de tipificación de las conductas articuladas en torno a organizaciones o grupos terroristas, pero es evidente que las nuevas amenazas exigen la actualización de la normativa para dar cabida al fenómeno del terrorismo individual y a las conductas que constituyen la principal preocupación de la comunidad internacional, en línea con la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas anteriormente citada.*

Que por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico se haya separado el delito de financiación de terrorismo del delito de terrorismo, dándole autonomía propia se debe, tal y como se dispone en el Preámbulo de la LO 2/2015, a las imposiciones comunitarias e internacionales que debe cumplir España. Así pues, esta tipificación autónoma se debe por una parte a acuerdos internacionales como la ratificación por España del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (61) y la Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas; y, por otra parte a decisiones comunitarias, tales como la Decisión Marco del Consejo 2002/475/JAI, de 13 de junio de 2002, la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005 y sucesivas Directivas, la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008, que modifica la 2002/475/JAI (62).

De todos modos, tal y como establece parte de la doctrina, no deja de resultar sorprendente que esta tipificación autónoma del delito de financiación del terrorismo llegue en el 2015, ya que desde la Reforma de 2010 que introdujo el artículo 576 bis no ha habido ningún nuevo mandato internacional que obligase a tipificar el delito de financiación del terrorismo como delito autónomo (63). Quizás la explicación se

---

(61) Primer documento internacional en la materia, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/54/109 de 9 de diciembre de 1999 y abierta a la firma el 10 de enero de 2000. El Instrumento de Ratificación de España es de 3 de mayo de 2002, y aparece publicado en el *BOE* n.º 123, de 23 de mayo.

(62) NAVARRO CARDOSO, F., «Los tipos dolosos del delito de financiación del terrorismo» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2018, núm. 20-01, p. 4.

(63) En este sentido, dice NAVARRO CARDOSO, la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas no demanda nada nuevo en este ámbito, ni la Cuarta Directiva tampoco. Cfr. NAVARRO CARDOSO, F., «Los tipos dolosos del delito de financiación del terrorismo», *op. cit.*, pp. 4-5.

encuentra, tal y como dispone Zaragoza Aguado, en los siguientes puntos:

«– La lucha contra la financiación del terrorismo constituye hoy uno de los ejes centrales de la respuesta internacional contra el terrorismo, básicamente porque se considera un instrumento esencial para la congelación, el embargo y el decomiso de los fondos que puedan tener relación con el terrorismo, y es evidente que su incriminación específica facilitará sobremanera la cooperación jurídica internacional en las investigaciones sobre esta actividad delictiva.

– La tipificación autónoma de este delito potencia las investigaciones sobre esta actividad, y permite un mayor grado de aplicación de la ley penal frente a estos ilícitos comportamientos...» (64).

No obstante, tal y como dispone Navarro Cardoso, desde el punto de vista de técnica legislativa esta reforma se ha inclinado hacia la simplificación legislativa. Así pues, antes de la Reforma 2010, las conductas consistentes en recabar fondos para financiar la actividad terrorista y los grupos y organizaciones terroristas estaba contenida en tres artículos (artículo 518 en relación con el artículo 515, 575 y 576); tras la Reforma 2010, se mantiene en tres preceptos (artículos 575, 576 y 576 bis); y, por último, con la Reforma 2015 se unifican las conductas a perseguir en un solo artículo (65).

La actual regulación en esta materia supone la definitiva desvinculación de los delitos de financiación del terrorismo de los delitos contra el patrimonio. Así pues, la regulación de los primeros delitos se basa en las directivas de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, y, en particular, en la Ley 10/2010, de 28 de abril de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del

---

(64) ZARAGOZA AGUADO, J., «Artículo 576», en GÓMEZ TOMILLO, M., JAVATO MARTÍN, A. M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. VI, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 647 y 648.

(65) NAVARRO CARDOSO, F., «Los tipos dolosos del delito de financiación del terrorismo», *op. cit.*, p. 6. Expone, además, este autor que, además, «se acaba con la transgresión del principio *non bis in idem* al suprimirse en el delito de colaboración (actual art. 577) toda referencia a colaboración económica, tal como aparecía en el art. 576, en la redacción anterior a la última reforma, proveniente de la redacción originaria de 1995».

Art. 576.2: «Son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas organizaciones o grupos terroristas».



terrorismo. Uno de los cambios más destacables es el cambio de la expresión «fondos» por la de «bienes o valores» (66).

Por último, destacaremos que el delito de financiación del terrorismo está previsto en el artículo 576 del Código Penal, y está estructurado tal y como disponemos a continuación:

- Un tipo doloso básico.
- Dos tipos agravados.
- Un tipo imprudente.
- Un tipo que llamo de reenvío.
- Una cláusula de responsabilidad penal de las personas jurídicas (67).

---

(66) CAMPO MORENO, J. C., *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: la L.O. 2/2015*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 63-66.

(67) Como la finalidad de este trabajo no es realizar un exhaustivo estudio de la normativa penal, remitimos aquí la bibliografía actual del delito de financiación del terrorismo en España para que el lector que lo desee pueda consultarlo: CAMPO MORENO, J. C., *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: la L.O. 2/2015*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Reus, Madrid, 2010; CANO PAÑOS, M.A., «La reforma de los delitos de terrorismo», en Morillas Cuevas, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*. Dykinson, Madrid, 2015; CANO PAÑOS, M.A., «Los delitos de terrorismo en el Código Penal español tras la Reforma de 2010», *La Ley Penal*, n.º 86, 2011; CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «Delitos contra el orden público. V. Terrorismo (arts. 571-580)», en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; CASTRO LIÑARES, D., «Política criminal y terrorismo en el Reino de España: ¿tiempos nuevos o déjã vú?» en *Revista Penal*, n.º 39, 2017; CUERDA ARNAU, M. L., «Delitos contra el orden público», en J. L. González Cussac (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Financiación del terrorismo y responsabilidad penal en Derecho español», en J. L. González Cussac (Dir.), *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; ESCUCHURI AISA, E., RUEDA MARTÍN, M. A., «Delitos contra el orden público II. Organizaciones y grupos criminales. Organizaciones y grupos terroristas y los delitos de terrorismo», en C. M. Romeo Casabona, E. Solá Reche, M.A. Boldova Pasamar (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Comares, Madrid, 2016; FERRÉ OLIVÉ, J.C., «Política criminal europea en materia de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo», en J. L. González Cussac (Dir.), *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; GARCÍA ALBERO, R., «De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo», en G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, t. II, Aranzadi, Pamplona, 2016; LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985; LARRIBA HINOJAR, B., «La lucha contra la financiación del terrorismo en el marco de la Unión Europea: cuestiones y perspectivas», en J. L. González Cussac (Dir.), *Fuerzas Armadas y seguridad pública: consideraciones en torno al terrorismo y la inmigración*. Publicaciones de la Universitat Jaume I, Castellón, 2007; LLOBET ANGLÍ, M., «Terrorismo», en I. Ortiz de Urbina Gimeno (Coord.), *Memento Experto. Reforma Penal 2010*, Edicio-

#### 4. CONCLUSIONES. ¿ESTAMOS EN EL CAMINO CORRECTO?

Al no existir un concepto universal de terrorismo y financiación del terrorismo, es necesario intentar crear unos mínimos estándares internacionales de obligado cumplimiento para los Estados en aras de poder homogeneizar la lucha contra el terrorismo y su financiación. De este modo, tanto la Unión Europea como las Naciones Unidas han trabajado en las últimas décadas sin descanso para poder crear unos estándares internacionales mínimos que sean de obligado cumplimiento para los Estados. Entre estos estándares, destacaremos los siguientes (68):

- Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (1999).
- Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad. De acuerdo con esta resolución se crea el Comité contra el Terrorismo de las Naciones Unidas, y, además, los Estados deben sancionar la financiación del terrorismo y la ayuda en actividades terroristas en unos listados.
- Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo de 1977 (modificado en 2003)
- Convenio del Consejo de Europa sobre la Prevención del Terrorismo (2005)
- Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

---

nes Francis Lefebvre, Madrid, 2010; MACÍAS CARO, V. M., «Del orden público al terrorismo pasando por la seguridad ciudadana: análisis de las reformas de 2015», en *Revista Penal*, n.º 36, 2015; MERINO HERRERA, J., «Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo» en *Revista Penal*, n.º 36, 2015; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 22.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; NÚÑEZ CASTAÑO, E., «Algunos aspectos conflictivos sobre el nuevo delito de financiación del terrorismo del art. 576 bis del Código Penal» en *Revista General de Derecho Penal*, n.º 16, 2011; NÚÑEZ CASTAÑO, E., «Las organizaciones y grupos terroristas tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010», en F. Muñoz Conde (Dir.), *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; NÚÑEZ CASTAÑO, E., «Tendencias político-criminales en materia de terrorismo tras la LO, 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional» en *Revista Penal*, n.º 37, 2016.

(68) Véase capítulo I; ERTL, B., «Der Kampf gegen Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung» en *Working Paper 4/2004*, Bundesministerium für Finanzen, Vienna, 2004. Página consultada el 19 de febrero de 2020: [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)

- Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo.
- Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo.
- Las nueve Recomendaciones Especiales del GAFI sobre la financiación del terrorismo.

En general, podemos destacar que casi todos los instrumentos internacionales actuales establecen la necesidad de la regulación autónoma del delito de financiación del terrorismo (69). Además, las medidas preventivas para luchar contra la financiación del terrorismo son prácticamente las mismas que las medidas establecidas para luchar contra el blanqueo de capitales: conozca a su cliente, conservación de los documentos de 5-10 años (depende de la legislación del país), etc (70), ya que los cauces de movimiento del dinero son prácticamente los mismos.

A pesar de los esfuerzos tanto de las autoridades europeas, de los organismos internacionales como de los propios Estados Miembros para llevar a cabo una lucha eficaz contra la financiación del terrorismo, el uso de medios informales para la transferencia de dinero, así como las pequeñas cantidades utilizadas y transferidas en muchas ocasiones, hacen que la persecución de este tipo de delitos sea muy complicada. No cabe duda de que la cooperación internacional en este ámbito es fundamental y, sin la misma, la persecución de los grupos terroristas se torna imposible, por lo tanto, una cooperación internacional y una buena legislación preventiva son imprescindibles para esta lucha.

Las organizaciones terroristas están en continua adaptación para poder evadir las nuevas medidas de lucha contra el terrorismo y su financiación. De cualquier manera, hay una constante, que es que estos grupos, sean grandes, pequeños o lobos solitarios, siempre necesitan recursos financieros para cumplir con sus objetivos terroristas. Es cierto que parte de la doctrina más pesimista puede pensar que, aunque exista esta cooperación, los terroristas siempre van a poder seguir obteniendo recursos de alguna manera. Pero con la normativa

---

(69) Cuestión que se ha trasladado a los ordenamientos jurídicos nacionales como el español donde se ha tipificado el delito de financiación del terrorismo como delito autónomo del delito de terrorismo.

(70) Para profundizar sobre este tema véase: MALLADA FERNÁNDEZ, C., *Guía práctica de prevención del blanqueo de capitales (Coord)*. Lex Nova, 2015.

de lucha contra el terrorismo y su financiación, por un lado, podemos intentar cortar sus fuentes de financiación y, por otro, los investigadores se pueden hacer una idea de la estructura y funcionamiento de la red terrorista a la que se enfrentan para poder desbaratarla en un futuro, ya que, al entender sus necesidades de financiación pueden dilucidar cuales pueden ser sus objetivos y prioridades. En esta lucha, el intercambio de información entre Estados y órganos de lucha contra el terrorismo y su financiación es de vital importancia.

Por último, aunque la Unión Europea lucha firmemente contra el terrorismo y su financiación, quizás en un futuro deba encaminarse a separar las legislaciones preventivas del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y desarrollar una legislación exclusiva para luchar contra la financiación del terrorismo, ya que este fenómeno tiene peculiaridades propias que el blanqueo de capitales no tiene. Además, para que esta lucha sea efectiva, debe existir una armonización de la normativa a nivel mundial en aras de una lucha única y eficaz contra el terrorismo.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO FERNÁNDEZ, E., JAÉN VALLEJO, M., PERRINO PÉREZ, A. L., *Terrorismo en el siglo XXI. La respuesta penal en el escenario mundial*, Dykinson, Madrid, 2016.
- ÁLVAREZ PASTOR, D. y EGUIDAZU PALACIOS, F., *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- BLANCO CORDERO, I., ¿Es necesario tipificar el delito de financiación del terrorismo en el Código Penal español? en *Athena Intelligence Journal*. Vol. 4, n.º 1, enero-marzo de 2009, pp. 35-68.
- CANO PAÑOS, M. A., «La reforma de los delitos de terrorismo», en MORILLAS CUEVAS, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado*. Dykinson, Madrid, 2015.
- CAMPO MORENO, J. C., *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: la L.O. 2/2015*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CANCIO MELIÁ, M., *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Reus, Madrid, 2010.
- CASTELLVÍ MONSERRAT, C., «Delitos contra el orden público. V. Terrorismo (arts. 571-580)», en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CASTRO LIÑARES, D., «Política criminal y terrorismo en el Reino de España: ¿tiempos nuevos o déjà vú?» en *Revista Penal*, n.º 39, 2017.
- CHAVÉS GALÁN, C.A. «La Directiva 91/308/CEE del Consejo de 10 de junio, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales». *Noticias de la Unión Europea*, n.º 162, 1998, pp. 20-21.

- CUERDA ARNAU, M. L., «Delitos contra el orden público», en J. L. González Cussac (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- CUERDA RIEZU, A. y JIMÉNEZ GARCÍA, F. (Dir.), *Nuevos desafíos del derecho penal internacional: terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*. Tecnos, Madrid, 2009.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Financiación del terrorismo y responsabilidad penal en Derecho español», en J. L. González Cussac (Dir.), *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- ESCUCHURI AISA, E., RUEDA MARTÍN, M.A., «Delitos contra el orden público II. Organizaciones y grupos criminales. Organizaciones y grupos terroristas y los delitos de terrorismo», en C. M. Romeo Casabona, E. Solá Reche, M. A. Boldova Pasamar (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Comares, Madrid, 2016.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C., «Política criminal europea en materia de blanqueo de capitales y de financiación del terrorismo», en J. L. González Cussac (Dir.), *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario: un análisis crítico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- GARCÍA ALBERO, R., «De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo», en G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, t. II, Aranzadi, Pamplona, 2016.
- LARRIBA HINOJAR, B., «La lucha contra la financiación del terrorismo en el marco de la Unión Europea: cuestiones y perspectivas», en J. L. González Cussac (Dir.), *Fuerzas Armadas y seguridad pública: consideraciones en torno al terrorismo y la inmigración*. Publicaciones de la Universitat Jaume I, Castellón, 2007.
- LLOBET ANGLÍ, M., «Terrorismo», en I. Ortiz de Urbina Gimeno (Coord.), *Memento Experto. Reforma Penal 2010*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010.
- MACÍAS CARO, V.M., «Del orden público al terrorismo pasando por la seguridad ciudadana: análisis de las reformas de 2015», en *Revista Penal*, n.º 36, 2015; MERINO HERRERA, J., «Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo» en *Revista Penal*, n.º 36, 2015.
- MALLADA FERNÁNDEZ, C., *Guía práctica de prevención del blanqueo de capitales* (Coord.). Lex Nova, 2015.
- MORAL DE LA ROSA, J., Financiación del terrorismo en *Financiación del terrorismo, blanqueo de capitales y secreto bancario. Un Análisis crítico*, Tirant lo Blanch, 2010.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 22.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- NAVARRO CARDOSO, F., «Los tipos dolosos del delito de financiación del terrorismo» en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2018, núm. 20-01.
- NÚÑEZ CASTAÑO, E., «Las organizaciones y grupos terroristas tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010», en F. Muñoz Conde (Dir.), *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- NÚÑEZ CASTAÑO, E., «Tendencias político-criminales en materia de terrorismo tras la LO, 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional» en *Revista Penal*, n.º 37, 2016.
- RUPÉREZ J., *La ONU en la lucha contra el terrorismo: cinco años después del 11 de septiembre. Artículo disponible en <http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/1016.asp>*. Página última vez consultada el 19 de febrero de 2020.
- SAUL, B., *Defining Terrorism in International Law*, Oxford University Press, USA, 2008.
- SCHNEIDER, F. y 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, Berlín, Economics of Security, 2011, pp. 6-8.
- ZARAGOZA AGUADO, J., «Artículo 576», en Gómez Tomillo, M., Javato Martín, A. M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, t. VI, Aranzadi, Pamplona, 2015.

# La responsabilidad civil derivada del delito de administración desleal en el ámbito de las sociedades de capital

ENRIQUE GANDÍA

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Mercantil  
Universidad Autónoma de Madrid

*Al Prof. Agustín Jorge Barreiro.  
Con motivo de su jubilación de la cátedra.*

## RESUMEN

*Doctrina y jurisprudencia dan por sentado que la responsabilidad civil en la que incurre el administrador de una sociedad de capital que comete un delito de administración desleal debe regirse por las normas que regulan esta materia en el Código penal (arts. 109 y ss.). En contra de esta opinión, el propósito de este trabajo es tratar de demostrar que la responsabilidad civil ex delicto es, en estos supuestos, una responsabilidad contractual (o societaria) y que, en consecuencia, ha de ajustarse –en sus presupuestos, ejercicio, abdicación y prescripción– al régimen jurídico de la denominada «acción social» de responsabilidad, contemplado en la Ley de Sociedades de Capital (arts. 236 y ss.).*

*Palabras clave: Responsabilidad extracontractual / responsabilidad ex delicto / delito de administración desleal.*

## ABSTRACT

*Legal doctrine and jurisprudence presuppose that the tortious liability attributed to company directors when committing a criminal offence of improper management has to be governed by the norms regulating non-contractual liability in the Penal Code (Article 109 and subsequent articles). By contrast, this article aims to demonstrate that liability ex delicto is, in these cases, a wholly contractual (or corporate) liability and, consequently, has to be governed—in terms of premises, exercise, abdication and prescription—by the so-called “corporate action” to demand liability, which regime is foreseen in the Corporate Enterprises Act (Article 236 and subsequent articles).*

Keywords: *Non-contractual liability / liability ex delicto / criminal offence of improper management*

SUMARIO: I. Introducción. 1. Propósito del trabajo y relevancia práctica del tema. 2. Un ejemplo para ilustrarlo: el alcance de los pactos de exoneración de responsabilidad en los contratos de transmisión de participaciones de control.—II. La responsabilidad civil del administrador que comete un delito de administración desleal ha de regirse por las normas del Código penal. Crítica. 1. La mal llamada «responsabilidad civil derivada del delito» no deriva, en realidad, de delito alguno. A) La naturaleza estrictamente jurídico-privada de esta responsabilidad. B) Excurso: el (verdadero) motivo por el que la responsabilidad civil *ex delicto* se regula en el Código penal. C) La responsabilidad civil *ex delicto* no es más que un régimen especial de la responsabilidad extracontractual general. 2. La responsabilidad civil en la que incurre el administrador desleal es de carácter contractual. A) La distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual. B) Delimitación del injusto penal de administración desleal y el injusto civil de responsabilidad societaria.—III. La responsabilidad civil del administrador que comete un delito de administración desleal ha de regirse por la Ley de Sociedades de Capital. Algunas consecuencias que se derivan de esta conclusión. Referencias bibliográficas.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. Propósito del trabajo y relevancia práctica del tema

1. El objetivo principal de estas líneas es tratar de determinar qué normas deben aplicarse a la *responsabilidad civil* en la que incurre el administrador de una sociedad de capital como consecuencia de



la realización de un hecho tipificado como *delito de administración desleal* (art. 252 CP) (1).

Hasta donde tenemos constancia, la cuestión no ha llamado la atención de la doctrina, tal vez porque se ha entendido que, en el fondo, no plantea mayores problemas: *tratándose de la comisión de un delito, la responsabilidad civil del administrador habrá de someterse a las reglas que regulan esta materia en el Código penal* (2). El razonamiento que subyace a esta afirmación parece ser el siguiente: si la actuación desleal del administrador no alcanza la calificación de delito, su responsabilidad civil se ventilará en el ámbito –estrictamente privado– de la conocida como «acción social de responsabilidad» (arts. 236 y ss. LSC); por el contrario, si los hechos merecen un reproche penal, entrarían en juego las normas –¿jurídico-públicas?– que regulan la llamada «responsabilidad civil derivada del delito» (arts. 109 y ss. del Código penal).

2. El asunto no es, sin embargo, tan sencillo como aparenta y dar con la solución correcta, lejos de ser un ejercicio académico estéril, tiene importantes consecuencias prácticas. Por destacar sólo algunas: de entenderse que la responsabilidad civil del administrador ha de regirse por lo dispuesto en el Código penal y no por las normas de la Ley de Sociedades de Capital:

*i)* el plazo de prescripción de la acción sería de uno o cinco años –según se entienda que la responsabilidad civil *ex delicto* es o no una responsabilidad extracontractual [*infra* II, *sub C*)]– (arts. 1968.2.º o 1964.2 CC), pero nunca los cuatro años que marca la Ley de Sociedades de Capital para la responsabilidad societaria (art. 241 bis);

*ii)* en caso de que el delito lo hubiera cometido un órgano colegiado (*v. gr.* un consejo de administración o una comisión ejecutiva) y que pudiera imputarse un distinto grado de participación en los hechos a cada uno de sus miembros, de forma que algunos de ellos fueran condenados a título de autor y otros lo fueran sólo a título de cómplice, los unos responderían subsidiariamente respecto de los otros (art. 116.2 CP), y no todos con carácter solidario como prescribe la Ley de Sociedades de Capital (art. 237);

*iii)* la competencia para acordar el ejercicio de la acción de responsabilidad, así como su renuncia o transacción, recaería –como

---

(1) De manera incidental, queremos dar a conocer también algunos resultados de otra investigación, todavía en curso, sobre los orígenes de la responsabilidad extracontractual en el Derecho español [*vid.* el excurso que hacemos *infra* II.1, *sub B*)].

(2) Sirva, como botón de muestra, GÁLVEZ, A., *El delito de administración desleal (artículo 252 del Código Penal) en el ámbito de las sociedades de capital*, Madrid [Dykinson], 2019, pp. 363 y ss.

cualquier otro acto de gestión (art. 209 LSC)– en el órgano de administración y no en la junta general (art. 238 LSC) (3), y cabría dudar de la legitimación de la minoría para entablarla por cuenta de la sociedad (art. 239 LSC).

*iv)* siendo pretensiones indemnizatorias distintas, los actos de disposición (renuncias, transacciones, etc.) que tuvieran por objeto la responsabilidad *ex delicto* no afectarían, en un principio, a la responsabilidad societaria y viceversa.

## 2. Un ejemplo para ilustrarlo: el alcance de los pactos de exoneración de responsabilidad en los contratos de transmisión de participaciones de control

1. Esta última cuestión tiene particular relevancia, porque es bastante frecuente que los contratos de transmisión de participaciones de control incluyan una cláusula en virtud de la cual el adquirente renuncia expresa y terminantemente a exigir cualquier tipo de responsabilidad que pudiera tener origen en la gestión desarrollada por el socio mayoritario y administrador saliente. Este tipo de pactos son plenamente válidos y obligan al socio o socios que los suscriben a abstenerse de promover la acción social de responsabilidad y a votar en contra en el supuesto de que fuera otro socio quien plantease su ejercicio (4). Es más, en el caso de que los suscriptores del acuerdo sean *todos* los socios, su renuncia equivale, sin lugar a dudas, a la *renuncia de la sociedad* (*ex art. 238.2 LSC*), siempre y cuando los elementos constitutivos de la acción (conducta ilícita, daño y relación de causalidad) estuviesen perfectamente determinados o lo estuvieran, al menos, en un grado suficiente como para que los firmantes fuesen plenamente conscientes de las consecuencias del acto que rea-

(3) Así, ROJO, A., «El ejercicio por la sociedad de la acción social de responsabilidad contra los administradores», en JUSTE/ESPÍN (Coords.), *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital. Liber amicorum Fernando Rodríguez Artigas y Gaudencio Esteban Velasco*, Cizur Menor (Navarra) [Thomson Reuters – Aranzadi], 2017, p. 1126, quien encuentra paradójico que «la presentación por la sociedad de una querrela contra los antiguos administradores por la comisión de un delito que hubiera causado daño al patrimonio social [v. gr. del art. 252 CP] no exi[ja] el acuerdo previo de la junta, aunque la acción penal se ejercite unida a la acción por responsabilidad civil derivada del delito», mientras que el ejercicio de la acción social sí requiera «necesariamente ese previo acuerdo del órgano soberano».

(4) GANDÍA, E., *La renuncia a la acción social de responsabilidad*, Cizur Menor (Navarra) [Civitas – Thomson Reuters], 2017, pp. 299 y ss. (sobre la validez espec. pp. 326 a 343 y sobre la eficacia, pp. 343 a 347).

lizan (5). Al fin y al cabo, la función de estas cláusulas no es otra que la de ajustar el precio de compraventa de las acciones o participaciones, de modo que la rebaja en el precio obtenida por el comprador como consecuencia de la constatación de irregularidades en la gestión del vendedor se compense con la promesa de librar a éste de toda responsabilidad en la que hubiera incurrido al frente de la gestión (6). Por eso, cuando el firmante es el nuevo *socio único*, su acto abdicativo ha de entenderse como renuncia de la propia sociedad al ejercicio de la acción social, dado que, en tal caso, el interés de la sociedad se identifica plenamente con el del socio adquirente.

Ahora bien, si la responsabilidad civil derivada del delito de administración desleal se concibe como algo distinto de la responsabilidad societaria, el comprador lo tendría realmente fácil para eludir el compromiso adquirido y obtener, así, una doble rebaja en el precio de las acciones o participaciones: en lugar de promover el ejercicio de la acción social ante la jurisdicción civil –que es a lo que, siguiendo esta interpretación, habría renunciado–, le bastaría con hacer que la sociedad se querellase contra el exadministrador solicitando, ante el juez penal, la eventual responsabilidad civil «derivada del delito» –que no quedaría comprendida por el acuerdo abdicativo–.

2. Esto fue precisamente lo que sucedió en el asunto enjuiciado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en la sentencia de 28 de junio de 2018 (7). En esencia, los hechos eran los siguientes (8):

Con fecha 13 de febrero de 2007, el acusado, don R., titular de una empresa dedicada a la distribución de carbón extraído del Alto Bierzo, constituyó junto con un socio de nacionalidad italiana, al cincuenta por ciento de participaciones sociales cada uno de ellos, una sociedad de responsabilidad limitada denominada «Carboastur, SL», cuyo objeto social consistía en la adquisición y posterior distribución de carbón de importación, procedente principalmente de Ucrania. A pesar de que la administración de «Carboastur, SL» se confió de manera solidaria al acusado y a su socio, este último se encontraba la mayor parte del tiempo en Italia, por lo que, en la práctica, era el primero quien llevaba a cabo toda la gestión ordinaria y diaria de la empresa.

---

(5) GANDÍA, E., ob. cit., p. 338, en nota 119.

(6) *Vid.* de nuevo, y ya por último, GANDÍA, E., ob. cit., pp. 325 y 326.

(7) RJ 2018/3693 (Ponente: Vicente Magro Servet), resolviendo el recurso de casación interpuesto frente a la SAP Asturias (Secc. 3.ª), de 2 de mayo de 2017 (JUR 2017/158109).

(8) Están resumidos en el Fundamento Jurídico primero (*sub* 2).

La sociedad tenía alquiladas unas instalaciones en el depósito aduanero del Puerto de Avilés, donde se almacenaba el carbón proveniente de Ucrania con una serie de ventajas fiscales por tratarse de un país no perteneciente a la Unión Europea, razón por la cual se prohibía el almacenamiento en ese mismo depósito de mercancías nacionales. No obstante, es hecho probado que el acusado, sin conocimiento ni autorización del otro administrador, procedió a utilizar dichas instalaciones para su uso personal, introduciendo en ellas carbón nacional de peor calidad y mezclándolo con el allí existente. De esta forma, conseguía ofrecer a los clientes de su empresa particular un producto de mejor calidad a un precio más bajo y, por el contrario, al mezclarse ambos carbones, «Carboastur, S.L.» vendía a sus clientes un producto de peor calidad a un precio más alto, con el consiguiente perjuicio para la sociedad que tenía a medias con el socio italiano. Esta práctica motivó que, en el mes de octubre de 2012, se iniciasen actividades inspectoras por la Agencia Tributaria, que desembocaron en la imposición a la sociedad de una multa administrativa de más de setecientos mil euros por defraudación en el IVA.

A raíz de este episodio, el socio italiano adoptó distintas medidas tendentes a averiguar lo sucedido: designó un director de almacén para controlar la gestión del acusado y encargó una auditoría de las cuentas, que puso de manifiesto otras muchas irregularidades cometidas durante los cinco años que estuvo al frente de «Carboastur, SL». En concreto, pudo acreditarse que a lo largo de este período don R.:

*i)* había procedido a realizar disposiciones en efectivo de «caja» y sucesivas transferencias de 1.000 euros a su cuenta bancaria personal sin justificación alguna de su destino, ascendiendo el importe total a unos 127.000 euros;

*ii)* de idéntica manera, y sin conocimiento ni autorización del otro administrador, había domiciliado en las cuentas de la sociedad facturas de sus gastos personales, entre los que figuraban el abono de la cuota de afiliación al partido Foro Asturias, al club de fútbol Sporting de Gijón, recibos mensuales de Gol televisión, facturas de internet de su domicilio y de sus empresas, así como facturas de teléfonos móviles personales, de su pareja y de sus hijos, teléfono fijo de su residencia y teléfonos de sus empresas, cuyo monto total ascendía a algo menos de 20.000 euros;

*iii)* por si eso fuera poco, el acusado, en su condición de administrador, había recibido por parte de un cliente la suma de 85.000 euros en metálico, de los que únicamente ingresó en la cuenta de la sociedad la cantidad de 82.000 euros, sin justificar el destino de los 3.000 euros restantes;

- iv) de igual modo, había constituido una garantía a nombre de «Carboastur, SL» en relación con una operación de préstamo realizada por una sociedad de la que era accionista y administrador único;
- v) finalmente, la inspección de la Agencia Tributaria reveló la desaparición de unas 9.000 toneladas de carbón suministradas por el socio italiano, de las que presumiblemente se había apropiado el exadministrador.

Así las cosas, en agosto de 2013, esto es, *una vez finalizada la inspección de la Agencia Tributaria y estando bastante avanzado el proceso de auditoría*, el acusado cesó en su cargo y, tras la correspondiente negociación con su socio, accedió a venderle la totalidad de sus participaciones *por el precio simbólico de un euro*. La operación de compraventa se formalizó en escritura pública, en la que el italiano aceptaba el cese de don R., ratificando la totalidad de los actos de administración realizados por el mismo, reconociendo y agradeciendo su labor como administrador, y *declarando expresamente no tener nada que reclamarle por ningún concepto* (9). Además, fruto de intensas negociaciones entre las partes, se acabó introduciendo una cláusula en virtud de la cual el socio italiano se obligaba frente al acusado:

«a responder, con carácter exclusivo y con renuncia expresa a cualquier repetición frente a éste, de cualquier obligación en la que, eventualmente y en su condición de administrador de “Carboastur”, hubiera incurrido y se pudiera derivar frente a don R. en virtud de sentencia o de resolución administrativa firmes, en especial y sin ánimo de exhaustividad, en relación con las posibles derivaciones de responsabilidad impuesta por la Administración Tributaria».

Pese a lo acordado, y cuando apenas habían transcurrido cuatro meses desde la firma del contrato, en enero de 2014, «Carboastur, SL» (renombrada como «Energy Fuel Asturias, SL») presentó querrela contra don R. por un delito continuado de apropiación indebida y un delito continuado de administración desleal (arts. 252 y 295 CP, en su redacción vigente al tiempo de los hechos) en la que interesaba la condena al exadministrador a pagar un importe superior a los dos millones de euros en concepto de responsabilidad civil derivada de delito.

---

(9) Con todo, el Tribunal entiende que fue sólo en enero de 2014, tras finalizar la auditoría encargada, cuando el renunciante tomó «cabal conocimiento de todo lo acaecido y de la actuación dolosa (y delictiva) del acusado» y, en consecuencia, da por buena la tesis de la acusación de que «la firma de las escrituras [que] se hizo el 1 de agosto de 2013 [obedeció] a que en ese momento no tenía conocimiento de que lo sucedido procediese de una actuación dolosa del acusado sino de una equivocada o negligente actuación [...] que decidió perdonar» (FJ cuarto).

3. Para armar su defensa contra la pretensión civil, el acusado invocó la plena eficacia frente a la sociedad querellante de la renuncia formulada por el que a la sazón era su único socio, que habría sido acordada en una suerte de «junta universal» (*sic*):

«A través de la escritura pública, de 1 de agosto de 2013 [...] la mercantil “Carboastur” renunció de forma expresa, a través de su socio único [...], a ejercitar cualquier reclamación frente a don R., por lo que la pretensión ejercitada por la acusación particular en relación a la cuestión civil ha de ser desestimada al carecer la querellante de acción civil a consecuencia de su renuncia» (FJ decimocuarto).

No obstante, la sentencia rechaza este argumento sobre la base de que las escrituras no fueron suscritas por la sociedad perjudicada, sino por una persona distinta, «socia [única] de la mencionada, pero con [...] patrimonios diferenciados e intereses diversos» (FJ decimocuarto):

«[D]icha escritura surtirá efectos exclusivamente entre las personas que la suscribieron, es decir, el acusado [...] de un lado y [el socio italiano] de otro, pero no se puede pretender deducir de la misma que “Carboastur, SL” [...] haya renunciado a las acciones civiles que puedan corresponderle en este procedimiento, ya que se trata de una sociedad mercantil distinta [...]. [Y] en nombre y representación de esta entidad verdadera perjudicada por los hechos realizados por el acusado [...] no consta ninguna renuncia, sino todo lo contrario, es la entidad la que presenta la querrela y ejerce la acusación particular» (FJ segundo).

4. El razonamiento del Supremo pone de manifiesto dos cosas. La primera es que la Sala de lo Penal maneja una concepción orgánica o realista de la personalidad jurídica absolutamente trasnochada (10). Ignoramos si en el momento de presentarse la querrela «Carboastur, SL» seguía estando integrada únicamente por el socio renunciante, pero, de ser así, es claro que no había lugar a hablar de un interés de la

---

(10) Algo que no sorprende si tenemos en cuenta el escaso rigor con el que, en ocasiones, se aproxima la dogmática penal a este concepto. De ello es buena muestra la incorporación a nuestro ordenamiento (reformas del CP de 2010 y 2015) de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis y ss. CP) difícilmente compatible «con la exigencia de “la culpabilidad jurídico penal”, que requiere el previo sustrato de la imputabilidad de carácter personal e individualizado, y que implica una desaprobación ético-social, un reproche jurídico-penal, inherente a toda pena criminal, que sólo [puede] formularse frente a personas individuales responsables, es decir, una culpabilidad individual, con fundamento en la libertad humana, en su voluntad consciente y libre» (JORGE BARREIRO, Agustín, «Reflexiones sobre la regulación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el vigente Código penal español», en EMBID/MIQUEL/MORALES MORENO (Dir.), *Estudios jurídicos. Liber amicorum en honor a Jorge Caffarena*, Madrid [Colegio de Registradores], 2017, p. 465).

sociedad distinto al de aquél. En realidad, el único interés en juego era el del socio italiano a obtener un mejor precio por las participaciones adquiridas, y ese interés se vio satisfecho a cambio de la renuncia al ejercicio de acciones. La sentencia yerra, por tanto, al no imputar a la sociedad el acto abdicativo del socio único. En términos menos rigurosos, aunque quizá más expresivos, podemos decir que el Alto Tribunal debió dar por renunciada la acción civil, cuando menos en aplicación de la llamada «doctrina del levantamiento del velo».

Pero los párrafos transcritos dejan entrever también que el Supremo no se plantea en ningún momento que la acción civil derivada de delito pudiera estar sujeta al régimen jurídico de la acción social de responsabilidad. De lo contrario, carecería de sentido sostener que en nombre y representación de la entidad perjudicada no constaba renuncia alguna. Como en vano trató de alegar la defensa, el acto abdicativo se había adoptado en «junta universal» [*rectius*, fue una decisión del socio único, ciertamente no consignada en acta (art. 15.2 LSC), pero no por ello inválida (11)]. Conque, de haberse entendido que dicho acto debía regirse por lo dispuesto en la Ley de Sociedades de Capital, no habría habido ninguna duda de que la renuncia era atribuible a la sociedad *ex* artículo 238.2, sin necesidad de acudir al «desvelo» de la personalidad jurídica.

Parece, en definitiva, que el Supremo comparte esta idea generalizada en la doctrina penal de que la responsabilidad civil derivada del delito de administración desleal es independiente de la responsabilidad societaria y ha de quedar sujeta, por ende, a un tratamiento jurídico diferente.

## II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ADMINISTRADOR QUE COMETE UN DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL HA DE REGIRSE POR LAS NORMAS DEL CÓDIGO PENAL. CRÍTICA

Pues bien, la tesis que nos proponemos desarrollar en las próximas páginas es justamente la contraria, esto es, que la responsabilidad civil en la que incurre el administrador de una sociedad de capital que comete

---

(11) El acta en el que han de constar las decisiones del socio único no es, en efecto, un requisito de forma *ab substantiam* al que quepa atribuirle valor constitutivo (*vid.*, por todos, DÍAZ MORENO, A., «Decisiones del socio único (art. 15)», en ROJO/BELTRÁN (Dir.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo I, Cizur Menor (Navarra) [Civitas – Thomson Reuters], 2011, pp. 281 y 282).

un delito de administración desleal (art. 252 CP) *es una responsabilidad de carácter (societario o) contractual* que ha de regirse por lo dispuesto en los artículos 236 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital (y, en su caso, por los arts. 1101 y ss. CC), y no por las normas que regulan la mal llamada «responsabilidad civil derivada de delito» (arts. 109 y ss. CP). O por decirlo de una forma más gráfica: la exigencia de responsabilidad civil al administrador de una sociedad de capital que es condenado como autor (o partícipe) en un delito de administración desleal ha de ajustarse –en sus presupuestos, ejercicio, renuncia y prescripción– al régimen jurídico de la denominada «acción social» de responsabilidad.

La pretendida autonomía entre la responsabilidad civil derivada del delito de administración desleal y la responsabilidad societaria que da por hecha la doctrina y que avala el Tribunal Supremo podría sustentarse en alguno de los siguientes argumentos: cabría pensar, en primer lugar, que el delito es fuente autónoma de responsabilidad, de modo que cuando la conducta del administrador es calificada como tal por el juez penal, surge a cargo de aquél una responsabilidad que nada tiene que ver con la societaria (porque su origen es distinto) y que queda sujeta a las normas del Código penal (arts. 109 y ss.) (*infra* 1); en segundo lugar, y si se opta por la tesis correcta que considera que la responsabilidad *ex delicto* no es sino una regulación especial de la responsabilidad extracontractual general (arts. 1902 y ss. CC), todavía cabría sostener que, en el caso del administrador de una sociedad que comete un delito de administración desleal, el régimen aplicable es el del Código penal y no el de la Ley de Sociedades de Capital, sobre la base de que esta última norma regula únicamente la responsabilidad que deriva del incumplimiento del contrato de administración –o sea, la responsabilidad contractual–, siendo así que cuando el incumplimiento tiene la consideración de delito, nos encontraríamos fuera de la órbita del contrato y, en consecuencia, habrían de aplicarse las normas especiales de responsabilidad extracontractual contempladas en el Código penal (art. 109 y ss.) (*infra* 2).

A continuación, pasamos a exponer cada uno de estos argumentos con algo más detalle, y las razones, por las que, a nuestro juicio, ninguno de ellos puede acogerse.

### **1. La mal llamada «responsabilidad civil derivada del delito» no deriva, en realidad, de delito alguno**

El primero apunta, como decimos, a que la responsabilidad *ex delicto* es realmente un tipo especial de responsabilidad –a caballo entre la civil y la criminal– que tiene como origen o hecho desencade-



nante la comisión de un delito y cuya regulación hay que buscarla en los artículos 109 y siguientes del Código penal.

Ésta es la tesis que desde hace años patrocina un sector –ciertamente minoritario– de la doctrina penalista y no pocas resoluciones del Tribunal Supremo (12). En 1946 escribía, por ejemplo, QUINTANO RIPOLLÉS que la responsabilidad civil *ex delicto* constituía una figura *sui generis*, distinta de la responsabilidad civil «pura», que vendría regulada en el Código penal «con un criterio punitivo de sanción y retribución» (13). Por esas mismas fechas, otro autor, tras reconocer que al menos «estáticamente considerada» la naturaleza de esta responsabilidad debía entenderse «innegablemente de tipo privado», señalaba a renglón seguido que «el mismo hecho de que se encuentre prevista y declarada expresamente en el Código penal; que tenga su origen en los ilícitos de máxima gravedad y, sobre todo, la necesidad de que haya de ser declarada [...] en el proceso penal [...], nos fuerza

---

(12) En las que pueden leerse cosas como que la «responsabilidad civil *ex delicto* nace directamente del delito» (STS [Sala 1.ª] de 13 de diciembre de 1996 [FJ tercero] [RJ 1996/8978]) o que nos encontramos ante una «consecuencia accesoria», «indeclinable» u «obligada» de la responsabilidad criminal (SSTS [Sala 2.ª], de 7 de julio de 1989 [RJ 1989/6137], de 12 de julio de 1902 [en *Jurisprudencia Criminal*, n.º 23, 1902, pp. 56 y ss.] y de 20 de octubre de 1960 [RJ 3494/1960]). De hecho, este planteamiento ha llevado a nuestro Alto Tribunal a sostener que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil derivada de delito es el previsto con carácter general para las acciones personales (art. 1964 CC) y no el fijado para la responsabilidad extracontractual (art. 1968.2.º CC) (*vid.* las sentencias criticadas por PANTALEÓN, F., «Comentario al art. 1902», en PAZ-ARES (*et al.*) (Dirs.), *Comentario del Código civil*, tomo II, Madrid [Ministerio de Justicia], 1991, p. 1974). Más aún, el Supremo ha llegado a decir, sin asomo de empacho, que las normas sobre responsabilidad civil reguladas en el Código penal no pueden ser objeto de interpretación extensiva, por ser ésta una operación hermenéutica «que repugna al campo penal» (!) (STS [Sala 2.ª], de 22 de abril de 1980 [Cdo. quinto] [RJ 1980/1466]). Aunque *vid.*, correctamente, las sentencias citadas *infra* en las notas 25, 26, y 27.

(13) QUINTANO, A., «La “acción tercera” o “cuasi criminal”, propia de la llamada responsabilidad civil dimanante de delito», en *RDP*, n.º 357, 1946, pp. 937 y 938 (del mismo, «Antijuridicidad civil y penal en el evento jurídico de “daño”», en *RDP*, n.º 391, 1949, p. 871, distinguiendo entre una «acción civil *ex delicto* y otra puramente civil privada», e *Id.*, «Responsabilidades civiles “ex delicto” y “ex lege”», en *ADC*, 1963, p. 633, haciendo lo propio entre «las *responsabilidades civiles delictuales* y las que pudiéramos denominar *civiles puras*» (en cursiva en el original). En idéntico sentido, GONZÁLEZ RUS, J. J., «El artículo 444 del Código penal y el régimen general de la responsabilidad civil derivada del delito», en *ADPCP*, 1979, para quien «[n]o puede decirse [...] que la responsabilidad civil sea totalmente privada» (p. 382), dado que en la regulación que el Código penal hace de esta figura «no están ausentes ciertos criterios punitivos de sanción y retribución» (p. 384) (pero *vid.*, más adelante, pp. 390 y ss.).

a reconocer su carácter penal» (14). Y, en términos parecidos, había quien, poco después, defendía que la acción civil *ex delicto* «por su nombre, por su contenido mismo, es de índole civil, pero, por su nacimiento, ejercicio y depuración, es netamente penal» (15).

En tiempos más recientes, y desde una perspectiva victimológica, se viene haciendo hincapié en la idea de que «la indemnización, lejos de ser una simple reparación del daño, constituye un medio de aproximación entre víctima y delincuente» (16). Lo que, unido a los efectos que dicha reparación puede llegar a desplegar sobre la responsabilidad penal –en forma de atenuante (art. 21.5.ª CP) o de presupuesto para la suspensión de las penas privativas de libertad (art. 80.1.3.ª CP)–, ha hecho que algunos autores se afanen en desacreditar «su “sagrada” pureza *iusprivatista*» (17). Bajo este prisma, la responsabilidad civil derivada de delito se integraría en un concepto amplio de Derecho penal, junto con las consecuencias accesorias, con las que compartiría una «naturaleza *híbrida, mestiza o mixta*», a medio camino entre lo civil y lo penal. Razones, todas ellas, que justificarían el mantenimiento en el Código punitivo de las normas que regulan esta responsabilidad (18).

(14) GIL ESTELLÉS, C., *La responsabilidad civil derivada de la penal en la Doctrina y en la Legislación*, Valencia [Publicaciones de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación], s.f. pero ca. 1949, p. 34.

(15) REYES MONTERREAL, J. M., *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, 3.ª ed., Madrid [Gráficas Menor], 1958, p. 46. Vid. asimismo MORENO MOCHOLI, M., «La responsabilidad civil por culpa extracontractual, y la penal por el delito o falta de daños por imprudencia», en *RDP*, n.º 400-401, 1950, p. 638, nota 12: «Esta responsabilidad accesoria de que se ocupa el Código penal, en cuanto afecta al daño privado, tiene un carácter en principio equivalente al de la culpa extracontractual; pero al no poder descartarse de la causa principal que la origina, cual el delito, aunque sea efecto secundario, el Derecho penal la absorbe bajo las notas [de] la tipicidad y la punibilidad, suficientes para emanciparla de lo que pudiéramos llamar tronco común».

(16) MARTÍN RÍOS, M. P., «La responsabilidad civil derivada del delito a la luz de las últimas reformas legales», en *Justicia*, núms. 1 y 2, 2004, p. 292 (siguiendo a ROXIN, C., «La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones», en *CCJPJ*, n.º 8, 1991, pp. 19 a 30). Si bien esta autora tiene claro el carácter netamente privado de la responsabilidad *ex delicto*: «la simple circunstancia de que su regulación se incluya en el CP no le confiere naturaleza penal [...]. La responsabilidad civil que se contiene en el CP goza [...] de idénticos caracteres que la responsabilidad civil contenida en el CC» (MARTÍN RÍOS, M. P., *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal: una aproximación victimológica*, Madrid [La Ley], 2007, p. 40).

(17) HORTAL, J. C., «La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo», en *InDret*, n.º 4, 2014, p. 25.

(18) *Ibid.*, pp. 25 y 26 de quien hemos tomado la frase entrecuillada. Defiende también la actual ubicación sistemática de la responsabilidad civil *ex delicto* QUINTERO, G., «La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil», en QUIN-

## A) LA NATURALEZA ESTRICTAMENTE JURÍDICO-PRIVADA DE ESTA RESPONSABILIDAD

1. Sin embargo, la mejor doctrina lleva años insistiendo en el hecho –por lo demás, evidente– de que la responsabilidad civil «derivada del delito» (arts. 109 y ss. CP) no deriva, en realidad, de delito alguno (19). En otras palabras: no hay ningún delito que, *en cuanto tal*, lleve aparejada como consecuencia jurídica la imposición de una responsabilidad civil para el autor o para un tercero. En tanto que acción típica, antijurídica y culpable, sancionada por el Derecho penal, *el delito no tiene más efecto que la imposición de una pena* (o, en su caso, una medida de seguridad). El fundamento de la responsabilidad civil –se ha repetido hasta la saciedad– no es nunca la comisión de un delito, sino *la causación de un daño* atribuible a un determinado sujeto mediante alguno de los criterios de imputación (el

---

TERO (*et al.*), *La responsabilidad civil «ex delicto»*, Cizur Menor (Navarra) [Aranzadi], 2002, pp. 19 a 50: «[s]i la regulación de la responsabilidad civil ha de estar en el Código Penal tendrá que ser por causas estrictamente vinculadas a la función y fin del derecho penal, pues de no ser así no habrá razón que lo justifique [...]». Lo anterior [...] conduce a algo que a fuer de simple se olvida siempre: todas las normas que recoge el Código penal han de participar en alguna medida de la función propia de las leyes penales». Y, así, aun reconociendo que «la naturaleza civil de esa clase de obligaciones prima sobre cualquier otra consideración de la ley en que se regule» (*ibid.*, p. 23), termina afirmando en otro trabajo posterior «que la naturaleza (fundamento y función de la responsabilidad civil) no es ya puramente civil» (ID., «La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea», en MÁRQUEZ DE PRADO (Dir.), *Responsabilidad civil «ex delicto»*, Madrid [Consejo General del Poder Judicial], 2004, p. 24).

(19) Ya en su momento, GÓMEZ ORBANEJA, E., primero en «La acción civil de delito», en *RDP*, n.º 384, 1949, pp. 185 a 216 y más tarde en sus *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo 2, vol. 1, Barcelona [Bosch], 1951, pp. 317 y ss. y SILVA MELERO, V., «El problema de la responsabilidad civil en el Derecho penal», en *RGLJ*, 1950, pp. 635 y ss. (espec. p. 641); ID., «En torno a las consecuencias civiles del delito», en *RDP*, 1966, pp. 1065 a 1072, aunque es hoy opinión ampliamente mayoritaria entre iusprivatistas, penalistas y procesalistas (*vid. ex multis*, PANTALEÓN e YZQUIERDO, en las obras que se citan *infra* a lo largo del trabajo; DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Madrid [Civitas], 1999, p. 278; RODRÍGUEZ DEvesa, J. M., «Responsabilidad civil derivada de delito o falta y culpa extracontractual», en AA.VV., *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Granada [Comares], 1984, p. 520; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «La limitación internacional de la responsabilidad del naviero y la responsabilidad civil *ex delicto*», en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo III, Madrid [Civitas], 1996, pp. 4079 a 4083; FONT SERRA, E., «Reflexiones sobre la responsabilidad civil en el proceso penal», en *RJC*, n.º 4, 1988, pp. 941 y ss.; DE LA OLIVA, A., *Derecho procesal penal*, 8.ª ed., Madrid [Centro de Estudios Ramón Areces], 2007, pp. 243 y ss., etc.).

dolo, la culpa o el riesgo) que recogen el Código civil o las distintas leyes especiales (20).

Lo que ocurre es que, con mucha frecuencia, una conducta calificada como delito integra *además* el supuesto de hecho de una norma de responsabilidad civil, de forma que, a menudo, las mismas acciones u omisiones son a la vez fuente de responsabilidad penal y civil. Pero es claro que esto no siempre es así y que puede haber delitos que no vayan acompañados de la obligación de indemnizar. De hecho, es lo que sucederá en todos aquellos supuestos en los que la conducta delictiva no ocasione un daño resarcible. Piénsese, sin ir más lejos, en los delitos frustrados o en grado de tentativa, en los que el daño no llega a materializarse (21), o en los llamados «delitos de peligro», que ni tan siquiera requieren la efectiva lesión del bien jurídico protegido (22), o, en fin, en todos aquellos delitos de lesión en los que el resultado típico no consiste en la producción de un daño indemnizable [como sucede *v. gr.* en las ofensas o ultrajes a España o a sus símbolos

(20) Por todos, PANTALEÓN, F., «“Perseverare diabolicum” (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?)», en *Jueces para la democracia*, n.º 19, 1993, pp. 6 a 10 (espec. p. 6).

(21) Esto ha de tomarse *cum grano salis*, porque es obvio que, a pesar de no haberse producido el *daño típico*, la tentativa de delito puede dar lugar a *otros daños* resarcibles: «Basta pensar –decía GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios*, ob. cit., p. 338– en el supuesto [...] de que el que intenta matar a otro, lo hiera, haciéndole sufrir así pérdidas (gastos y ganancias cesantes)», y ello es todavía «más claro si pensamos en un perjuicio no patrimonial, o moral: el espanto, la perturbación psíquica de la persona que se ve agredida con un medio idóneo para matarla, aunque escape del trance sin herida; de la mujer a quien se quiere hacer víctima de violencia carnal y consigue evitarla. Este desequilibrio psíquico puede incluso traducirse en pérdidas patrimoniales [...], como si a la víctima, a consecuencia de él, le es imposible dedicarse a su trabajo habitual durante algún tiempo, o le produce merma de rendimiento» (*ibid.*, p. 340).

(22) El mismo *caveat* de la nota anterior ha de hacerse también aquí, ya que no cabe descartar en absoluto que un hecho constitutivo de delito formal origine daños resarcibles. Un buen ejemplo nos lo proporciona la STS (Sala 2.ª), de 30 de mayo de 2017 (RJ 2017/2847): la procesada, tras haber ingerido una cantidad de bebidas alcohólicas que mermaba considerablemente sus facultades para una conducción en las debidas condiciones de seguridad, se saltó una señal de ceda el paso y golpeó una farola propiedad del Ayuntamiento de Lloret de Mar, causando unos daños valorados pericialmente en la cantidad de 1.605,89 euros. Tanto el Juzgado de lo Penal como la Audiencia Provincial condenaron por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas del artículo 379.2 del Código penal, pero excluyeron todo pronunciamiento sobre responsabilidad civil por considerar que de un delito de peligro no podía derivar causalmente un daño resarcible. El Tribunal Supremo hace suyo el recurso del Ministerio fiscal y anula la sentencia de apelación, afirmando, con buen criterio, que la responsabilidad civil surge «del “hecho” no del delito, y en el presente caso, el hecho fue la conducción de la condenada lo que causó daños en [la] farola» (FJ quinto).

(art. 543 CP)]. Es más, aunque en la práctica no sea lo más habitual, podemos llegar a representarnos incluso un delito típicamente lesivo, como pudiera ser un homicidio, que no dé lugar a responsabilidad civil por no haber provocado ningún tipo de daño material o moral: el ejemplo no deja de ser cruel, pero imagínese el caso de un pobre anciano que fallece solo y repudiado por su familia a consecuencia de las lesiones que de manera dolosa o imprudente le provoca uno de los celadores del asilo en el que había sido recluido (23).

2. La mal llamada responsabilidad civil *ex delicto* y la responsabilidad criminal tienen, pues, fundamentos distintos (el daño en un caso y el delito en el otro); como distintas son también su finalidad y su naturaleza jurídica (24). En efecto, frente a las funciones retributiva y preventiva de la pena, la responsabilidad civil persigue un objetivo puramente resarcitorio. Para comprobarlo, basta advertir que, a diferencia de la pena, la responsabilidad civil no se gradúa de acuerdo con la mayor o menor gravedad de la conducta o de la culpabilidad del autor, sino con arreglo a la entidad de los daños ocasionados. Además, la responsabilidad civil derivada de delito es asegurable (art. 117 CP), puede imponerse a personas que no han tenido participación alguna en los hechos (arts. 116 a 121 CP) y es susceptible de transmisión pasiva *mortis causa* (art. 115 LECrim); características todas ellas que resultan inconcebibles en relación con la pena.

La naturaleza jurídico-privada de la responsabilidad *ex delicto* explica, asimismo, que la acción para reclamarla se encuentre sujeta a

---

(23) Menos de escuela, e igualmente ilustrativo, es el asunto enjuiciado por la STS (Sala 2.ª), de 31 de mayo de 2018 (RJ 2018/3937): los tres procesados, de nacionalidad rumana, idearon un plan para robar a la víctima, de sesenta y siete años de edad, soltero y sin hijos. A tal fin lo citaron en un inmueble que la propia víctima les había arrendado y, una vez en el interior de la vivienda, le propinaron una brutal paliza que acabó con su vida. La Audiencia Provincial consideró a los tres procesados autores de un delito de homicidio, condenándolos a pagar 76.460,73 euros a los hermanos de la víctima, en concepto de daño moral. Los condenados recurrieron el fallo de la Audiencia, alegando que la muerte de la víctima no había ocasionado daño alguno a sus familiares. El Supremo reconoce que «el fallecido era soltero y sin hijos, nadie dependía económicamente de él y sólo tenía como familiares cercanos a sus hermanos con los que no tenía apenas ninguna relación, salvo uno de ellos, el cual le veía, a pesar de vivir en el mismo pueblo una vez por semana». Y pese a que al final acaba desestimando el recurso por entender que no se había podido acreditar una total «rotura del afecto material» entre los hermanos, la sentencia deja claro que «el derecho a la percepción del resarcimiento» no deriva inexorablemente de la infracción penal, ni, en el caso de fallecimiento de la víctima, tiene naturaleza hereditaria, sino que es *iure proprio* y «corresponde únicamente a quien padece un perjuicio real, efectivo y suficientemente acreditado» (FJ decimonoveno).

(24) *Vid.*, para lo que sigue, PANTALEÓN, F., «Comentario al art. 1902», ob. cit., p. 1971.

los principios dispositivo, rogatorio y de congruencia que rigen cualquier proceso civil (STS [2.<sup>a</sup>], de 1 de marzo de 2018 (25)). En este sentido, el perjudicado puede renunciar a la acción civil derivada del delito o transigir sobre ella (arts. 106 II LECrim y 1813 CC) y puede igualmente reservársela para su ejercicio ante la jurisdicción ordinaria (art. 109.2 CP y 112 LECrim). Por su parte, el Tribunal penal sólo podrá entrar a conocer de la pretensión civil si ha habido una previa y expresa petición del titular o del Ministerio fiscal, y su pronunciamiento estará vinculado, en todo caso, por la tutela judicial solicitada (26).

Por último, el carácter estrictamente privado de la responsabilidad civil *ex delicto* se ve confirmado por el hecho de que las normas que la regulan admiten una interpretación extensiva que no aparece limitada por los principios *in dubio pro reo* ni por la presunción de inocencia propias de las disposiciones sancionadoras (STS [2.<sup>a</sup>], de 19 de junio de 2018 (27)).

#### B) EXCURSO: EL (VERDADERO) MOTIVO POR EL QUE LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO* SE REGULA EN EL CÓDIGO PENAL

¿Dónde radica entonces el origen de toda esta confusión?, ¿qué es lo que ha podido inducir a una parte de la doctrina penalista y de la jurisprudencia a cuestionar –contra toda evidencia positiva– la naturaleza jurídico-privada de la responsabilidad civil *ex delicto*?

1. Quienes se han pronunciado al respecto coinciden en señalar como uno de los principales culpables de este desconcierto a la doble regulación de la responsabilidad extracontractual en el Código civil (arts. 1902 y ss.) y en el penal (arts. 109 y ss.) (28). Singularidad de nuestro ordenamiento que vendría explicada, a su vez, por los avatares de la codificación española.

(25) RJ 2018/1297 (FJ Séptimo, *sub* 2).

(26) «Para medir la congruencia de la sentencia con la pretensión civil –afirma, entre otras, la STS de 24 de mayo de 2018 (RJ 2018/2039)– hay que acudir a los criterios del proceso civil y no a las especialidades del proceso penal. En particular la imposibilidad de fijar una indemnización más alta que la solicitada no es una derivación del principio acusatorio (como se argumenta a veces de forma inercial) sino de los principios dispositivo y de rogación» (FJ sexto).

(27) RJ 2018/3933 (FJ cuarto, *sub* 2).

(28) *Vid.*, por todos, ROIG, T., *La reparación del daño causado por el delito (Aspectos civiles y penales)*, Valencia [Tirant lo Blanch], 2000, p. 87, identificando en esta dualidad normativa uno de los «factores perturbadores» a la hora de analizar la naturaleza jurídica de la responsabilidad *ex delicto*.

Recordemos que la Constitución de 1812 ordenaba la formación de unos Códigos civil y criminal, junto a un Código de comercio, que habrían de ser «unos mismos para toda la Monarquía» (art. 258) (29). Sin embargo, esta aspiración unificadora de *la Pepa* tardaría más de tres cuartos de siglo en hacerse realidad, porque si en 1822 las Cortes del Trienio Liberal habían conseguido sacar adelante un Código penal, el civil no llegaría a aprobarse hasta 1889, lastrado por las muchas dificultades que trajo consigo la llamada «cuestión foral» (30). Por eso –se nos dice– no es de extrañar que el legislador de la época creyese necesario introducir ya en el primer texto punitivo unas cuantas normas que regulasen la obligación de reparar los daños ocasionados por los hechos delictivos, siquiera con carácter transitorio y a la espera de que el tan ansiado Código civil viera definitivamente la luz (31). De lo contrario –se afirma– la materia habría continuado rigiéndose por una legislación, como la contenida en Las Partidas (7, tít. 15), más propia de un régimen feudal que del ideal ilustrado y liberal que encarnaba el movimiento codificador (32). Idénticas razones habrían llevado a conservar, después, estas normas eminentemente civiles en el Código penal de 1848 (33). Y más tarde, una vez promulgado el

---

(29) Unos años antes, la malograda Constitución de Bayona de 6 de julio de 1808 (publicada en la *Gaceta de Madrid* de 27, 28, 29 y 30 de julio) había previsto que las Españas y las Indias se gobernasen por un solo Código de leyes civiles y criminales (art. 96) y que uno solo fuese también el Código de comercio que rigiese en ambos territorios (art. 113) (cfr. ROJO, A., «José Bonaparte (1808-1813) y la legislación mercantil e industrial española» en *RDM*, núms. 143-144, 1977, pp. 121 a 182).

(30) Sobre la misma, DE CASTRO, F., «La cuestión foral y el Derecho civil», en *ADC*, 1949, pp. 1003 a 1046 (en especial pp. 1017 a 1020, donde trata de la incidencia de los Derechos forales en el movimiento codificador del siglo XIX) (*vid.*, no obstante, *infra* la nota 36 y el texto correspondiente).

(31) YZQUIERDO, M., «El perturbador artículo 1092 del Código civil: cien años de errores», en AA.VV., *Centenario del Código civil (1889-1989)*, Madrid [Centro de Estudios Ramón Areces], 1990, p. 2110.

(32) *Ibidem* y también NAVARRO, I. A. y VEIGA, A. B., *Derecho de daños*, Cizur Menor (Navarra) [Civitas – Thomson Reuters], 2013, p. 49.

(33) De hecho, esta creencia de que las «[n]ormas sobre responsabilidad civil aparecieron en los Códigos Penales del XIX por el único motivo de que, en España, la codificación penal precedió a la civil» y que lo hicieron, por tanto, con carácter transitorio (PANTALEÓN, F., «“Perseverare diabolicum”», *ob. cit.*, pp. 9 y 10, aunque es un lugar común), parece sustentarse en las afirmaciones de uno de los más destacados redactores del Código penal de 1848, el sevillano Joaquín Francisco PACHECO, quien en sus comentarios al texto restaba importancia al hecho de que éste contuviese algunas reglas sobre responsabilidad *ex delicto*, alegando que no existía aún y tardaría algún tiempo en aprobarse el Código civil (*El Código penal concordado y comentado*, tomo I, 1.ª ed., Madrid [Imp. de D. Santiago Saunague], 1848, p. 295). Pero, a la vista de las explicaciones que ofrecen otros dos miembros de la Comisión, comprobaremos que las de Pacheco eran más justificación de un error que fundamentación de una

Código civil, «probablemente por inercia, por las dificultades que lleva consigo deshacer lo ya hecho, se conservó la normativa sobre responsabilidad civil contenida en el Código penal e incluso el propio Código civil consagró esa doble regulación en los artículos 1092 y 1093» (34).

Así pues, las que en su día fueran concebidas como normas coyunturales, colocadas temporalmente –y poco menos que a regañadientes– en el Código penal, habrían acabado dando lugar a una dualidad normativa que persiste en nuestros días por fuerza de la costumbre y que estaría en la base de las dudas que han surgido posteriormente en la doctrina y la jurisprudencia.

2. Por nuestra parte, coincidimos con la idea de que la presencia en el Código penal de las normas que regulan la responsabilidad civil *ex delicto* responde a una particularidad histórica que carece hoy en día de mayor fundamento. Pero discrepamos de la explicación que suele darse a esta particularidad. Y es que estamos persuadidos de que la doble regulación de la responsabilidad extracontractual no es, en realidad, *causa*, sino más bien *consecuencia* de la confusión, reinante ya en el siglo XIX, acerca de la verdadera naturaleza y origen de la responsabilidad civil derivada de delito.

Por lo pronto, esta tesis unánimemente aceptada de que el legislador decimonónico decidió introducir las normas sobre responsabilidad *ex delicto* en el Código penal ante la ausencia de un Código civil se ve desmentida por un dato histórico incontrovertido, pero que parece pasarse por alto, como es que los primeros proyectos de Código civil y penal, publicados ambos en 1821, *se elaboraron en paralelo* (35). De modo que los miembros de la comisión encargada de

---

opción de política legislativa premeditada (*vid. infra* la nota 89 y el texto correspondiente).

(34) DÍAZ ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», en *ADC*, 1987, p. 799.

(35) Las Cortes del Trienio Liberal echaron a andar el 9 de julio de 1820 (*Diario de las Sesiones de Cortes*, 1820, n.º 5). Apenas una semana después, el diputado Lasanta recordaba la necesidad de nombrar Comisiones especiales que continuasen los trabajos de formación de los proyectos de Códigos civil, criminal y de comercio que habían quedado interrumpidos en 1814 (*ibid.*, n.º 12, p. 168). El nombramiento de estas Comisiones se produjo el 22 de agosto siguiente (*ibid.*, n.º 49, p. 610). La de Código penal presentó el Proyecto a las Cortes en la sesión del 21 de abril de 1821 (*Diario*, 1821, n.º 53, p. 1131) y el texto se mandó imprimir en la del día 24 (*ibid.*, n.º 56, p. 1248) (*Proyecto de Código penal, presentado á las Cortes por la Comisión especial nombrada al efecto. Impreso de órden de las mismas*, Madrid [Imp. de D. Mateo Repullés], 1821). Un poco más tarde, el 19 de junio, Nicolás María Garellly leía el discurso preliminar y el esquema del proyecto de Código civil (*Diario*, 1821, n.º 112, p. 2354), cuyo texto articulado, aunque incompleto, se mandaría imprimir en



preparar el Código penal no pudieron prever el posterior fracaso del Proyecto de Código civil (fracaso que en esta ocasión no se debió, por cierto, a la tan traída y llevada cuestión foral (36), sino a los acontecimientos políticos que sobrevinieron en 1823 y que terminaron con el regreso al trono de Fernando VII y la restauración del Absolutismo (37)). Y de igual manera, la sección penal de la Comisión General de Codificación que trabajó, años después, en lo que a la postre terminaría siendo el Código penal de 1848 tampoco pudo prever que el Proyecto de Código que había estado redactando *simultáneamente* la sección civil se vería frustrado de nuevo en 1851 (38) (debido, esta vez sí, a las pretensiones unificadoras del texto (39)).

Este dato revela muy a las claras que la intención del legislador al incluir la regulación de la responsabilidad civil *ex delicto* entre las normas penales no fue la de evitar que, a falta de un Código civil, esta responsabilidad patrimonial continuase «teniendo como régimen el propio de las vetustas acciones romanas» (40). No es exacto, por

---

la legislatura siguiente (*Diario*, 1821, n.º 21, p. 255) (*Proyecto de Código civil que presenta la Comisión especial de las Cortes, nombrada en 22 de agosto de 1820*, Madrid [Imp. Nacional], 1821).

(36) «Se destaca por los autores la importancia que ha tenido para la historia de la Codificación la existencia de los Derechos forales; ello es indudable, pero convendría añadir que no siempre lo ha sido con el mismo signo; pues, si bien desde 1851 se les ha podido considerar, con razón, como el máximo obstáculo para la promulgación de un Código civil, *se olvida inexplicablemente que, hasta casi esa fecha, de los territorios forales vino el más enérgico impulso para la redacción del Código*» (el énfasis es nuestro) (DE CASTRO, F., ob. cit., p. 1017).

(37) Como ya hiciera en 1814 (*vid.* el Manifiesto de 4 de mayo, recogido en MARTÍN DE BALMASEDA, F., *Decretos del Rey Don Fernando VII*, tomo primero, Madrid [Imp. Real], 1816, pp. 1 a 10), *el Deseado* volvió a poner fin a los anhelos liberales en 1823, declarando «nulos y de ningún valor los actos del gobierno llamado constitucional» posteriores al 7 de marzo de ese año (Manifiesto de 1 de octubre, compilado igualmente por MARTÍN DE BALMASEDA, F., ob. cit., tomo séptimo, 1824, pp. 147 a 149).

(38) La Comisión General de Codificación se crea por Real Decreto de 19 de agosto de 1843 (GdM, n.º 3255, de 20 de agosto, pp. 1 y 2) y el 16 de septiembre de ese mismo año comienza sus tareas, acordando dividirse en cuatro secciones: una dedicada a la elaboración del Código civil, otra a la del penal, y la tercera y cuarta a la redacción de un Código de procedimientos civiles y criminales respectivamente (GdM, n.º 3299, de 1 de octubre de 1843, pp. 1 y 2). Sobre la elaboración y aprobación del Código penal de 1848 (reformado y refundido en 1850), *vid.* LASSO, J. F., *Crónica de la codificación española*, tomo 5, vol. 1, Madrid [Ministerio de Justicia], 1970, pp. 251 a 416. Los trabajos de la sección de Código civil que desembocarían en el Proyecto de 1851 se detallan igualmente en LASSO, J. F., ob. cit., tomo 4, vol. 1, pp. 151 a 295.

(39) Cabe recordar que su Disposición Final (art. 1992) declaraba derogados todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores a su promulgación.

(40) YZQUIERDO, M., «El perturbador artículo 1092», ob. cit., p. 2110.

tanto, que el legislador penal viniese a colmar «una laguna de nuestra legislación civil» (41). Como tampoco lo es que «[p]or aquel entonces no [hubiera] duda alguna de que nos encontrábamos ante una institución de naturaleza civil», pero que, aun así, se prefiriese introducir en el Código penal «las disposiciones relativas a la responsabilidad civil, para que la reparación de los daños no quedase sin cobertura legal» (42). No se trató, en suma, de incorporar al Código penal unas pocas normas que se sabían pertenecientes al civil «para tapar agujeros... mientras los hubiese» (43).

3. En nuestra opinión, la (verdadera) razón de que la responsabilidad civil derivada del delito se regule en el Código penal y no en el civil –como sería más acorde a su naturaleza– se debe al hecho de que los redactores de nuestro primer texto punitivo –en particular, el Presidente de la Comisión, el extremeño José María Calatrava (44)– se inspiraron, en este punto, en un proyecto de Código penal francés del año IX del calendario republicano (1801), que se hacía eco, a su vez, de algunas tesis de Domat.

a) Como se sabe, la responsabilidad extracontractual hunde sus raíces más profundas en el Derecho romano; y lo hace, además, cargada de fuertes tintes penales (45). La regulación de esta materia se contenía en un plebiscito, sometido a votación en el siglo III a.C., que ha pasado a la Historia con el nombre de *lex Aquilia*, en el que se tipificaba el *damnum iniuria datum*, como uno de los cuatro delitos priva-

(41) GARCÍA-PABLOS, A., «La responsabilidad civil derivada del delito y su controvertida naturaleza», en ZAFFARONI (Coord.), *De las penas: homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*, Buenos Aires [Depalma], 1997, p. 245.

(42) ARNAIZ, A., *Las partes civiles en el proceso penal*, Valencia [Tirant lo Blanch], 2006, p. 33.

(43) YZQUIERDO, M., últ. ob. cit., p. 2111.

(44) Aunque no se conservan las actas de la Comisión que elaboró el Proyecto de Código penal de 1821, parece que el sistema que se siguió fue encargar a varios de sus miembros la preparación de los distintos títulos. En cualquier caso, se cree que la redacción material la llevaron a cabo Vadillo y Calatrava, si bien habría sido este último quien hizo el repaso final y la corrección de estilo y fue él, desde luego, quien asumió la defensa del Proyecto ante las Cortes (vid. ANTÓN ONECA, J., «Historia del Código penal de 1822», en *ADPCP*, 1965, pp. 268 a 270; CASABÓ, J. R., *El Código penal de 1822*, Valencia [Tesis doctoral – Universidad de Valencia], 1968, pp. 116 a 118 y TORRES AGUILAR, M., *Génesis parlamentaria del Código penal de 1822*, Mesina [Sicania], 2008, pp. 81 a 86). Sobre Calatrava, vid. ESPINO JIMÉNEZ, F. M., voz «José María Calatrava Peinado», en REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, *Diccionario Biográfico electrónico* (en red, <http://dbe.rah.es/>); en torno a él gira, por cierto, la novela de RAMÍREZ, Pedro, J., *La desventura de la libertad*, Madrid [La Esfera de los Libros], 2014, que usó los papeles del propio Calatrava.

(45) Vid. *infra* la nota 47.

dos del *ius civile*, junto al *furtum*, la *rapina* y la *iniuria* (Gai. 3.182) (46). En concreto, la Ley sancionaba a quien causase un daño en la propiedad ajena con una pena –de carácter privado, pero pena al fin y al cabo (47)– consistente en satisfacer al propietario el valor que la cosa dañada hubiera alcanzado en un determinado período de tiempo anterior (48). Por tanto, en el Derecho romano clásico –al contrario que hoy en día– el deber de indemnizar los daños sí constituía una genuina *obligatio ex delicto*, porque la obligación (de carácter penal) nacía directamente de un hecho tipificado como «delito (privado) de daños», que podía cometerse a título de dolo o imprudencia.

Lo que pasó después es bien conocido: los juristas romanos comenzaron a advertir en esa pena un contenido reipersecutorio, al percatarse de que el ejercicio de la acción aquiliana no buscaba sólo castigar al autor de los daños, sino que también permitía al actor recuperar el valor de su patrimonio (49). De esta forma, la *actio ex lege*

---

(46) La literatura sobre la *lex Aquilia* es abundantísima (una recopilación de la más reciente puede verse en ROSSETTI, G., "*Poena*" e "*rei persecutio*" nell'*actio ex lege aquilia*, Nápoles [Jovene], 2013, nota 2, en pp. 4 a 6) y son muchas las diferencias entre los distintos autores, según las diversas interpretaciones de las fuentes.

(47) El carácter penal de la *actio legis aquiliae* aparece ampliamente acreditado en las fuentes clásicas (lo afirman de manera explícita Gayo [Gai. 3.202; 4.112; D. 9.2.32 pr. y 50.17.111.1], Ulpiano [D. 9.2.11.2; 9.2.23.8] y Paulo [PS 1.13a.6; D. 9.2.30.3 y 17.2.50], e implícitamente Juliano [D. 9.2.51.2 y D. 4.1.8.1]) y se manifiesta también en las características de noxalidad, intransmisibilidad pasiva y acumulatividad, que esas mismas fuentes le atribuyen (vid. ROTONDI, G., «Dalla "Lex Aquilia" all'art. 1151 Cod. Civ.», 1.ª parte, en *Riv. dir. comm.*, 1916, I, p. 963).

(48) En su versión original, la *lex Aquilia (de damno)* habría estado compuesta por tres capítulos, que se cerrarían con algunas disposiciones de carácter procesal. El segundo de ellos –en desuso ya en tiempos de Gayo (Gai. 3.215; Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.27.4)– contemplaba un supuesto que hoy día podríamos encuadrar en la categoría de la lesión extracontractual de los derechos de crédito (vid. CANNATA, C. A., «Considerazioni sul testo e la portata originaria del secondo capo della *lex Aquilia*», en *Index*, n.º 22, 1994, pp. 151 a 162), mientras que los dos restantes sancionaban distintas ofensas a la propiedad sobre cosas materiales. En concreto, el capítulo primero castigaba al que causare la muerte injusta (*iniuria occiderit*) de un esclavo o un cuadrúpedo ajenos con la obligación de satisfacer al dueño el mayor precio que el bien hubiera alcanzado en el año anterior (Gai. 3.210 y Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9.9.2 pr.). A su vez, el capítulo tercero tenía un carácter más general, y se ocupaba de reprimir los daños ocasionados a un tercero, pero no de cualquier modo, sino mediante una conducta consistente en quemar (*urere*), partir (*frangere*) o romper (*rumpere*) de forma «injusta» una cosa ajena, condenando al autor a pagar al dueño lo que ésta hubiera valido en los treinta días anteriores (el texto del capítulo tercero lo encontramos en Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.27.5, aunque algunas claves para su correcto entendimiento hay que buscarlas en Gai. 3.217-218 y en Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.29.8) (vid. CANNATA, C. A., «Sul testo della *lex Aquilia*: premesse e ricostruzione del primo capo», en *SDHI*, n.º 58, 1992, pp. 199 a 201).

(49) Vid. ampliamente VALDITARA, G., *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milán

*Aquilia* fue convirtiéndose paulatinamente en el instrumento idóneo para obtener el resarcimiento de cualquier tipo de perjuicio sufrido fuera de una relación contractual, merced a un lento proceso de destigmatización de la conducta sancionada y despenalización de la acción que se alargó varios siglos (50). Este fenómeno se vio acompañado de otro igualmente importante, como fue la progresiva atracción hacia la esfera del Derecho público de los delitos privados: poco a poco, empezaron a preverse penas de carácter público para el hurto, el robo, la injuria y el daño material (51), hasta que llegó un punto en el que la única consecuencia jurídico-privada de cualquier delito era la obligación de resarcir el daño causado a través de una *actio in factum* de carácter general basada en la *lex Aquilia* (52).

Esta evolución es asumida por los glosadores y postglosadores, pero la distinción entre pena y resarcimiento se aprecia todavía con más nitidez entre los humanistas (53). Para estos, todo delito daba origen a dos acciones diferentes: una penal, tendente a la imposición de una sanción, y otra de naturaleza «civil», dirigida a obtener la mera

---

[Giuffrè], 1992 (y un resumen de sus conclusiones en ID., «Dall'*aestimatio rei* all'*id quod interest* nell'applicazione della *condemnatio* aquiliana», en VACCA (coord.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Turín [Giappichelli], 1995, pp. 76 a 87).

(50) La descripción más completa de este proceso sigue siendo la de ROTONDI, G., «Dalla "Lex Aquilia" all'art. 1151 Cod. Civ.» (1.<sup>a</sup> parte ya cit. y 2.<sup>a</sup> parte en *Riv. dir. comm.*, 1917, I, pp. 942 a 970), pero *vid.* también ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford [Oxford University Press], 1996, pp. 953 a 1049 y VALDITARA, G., «Dalla *lex Aquilia* all'art. 2043 del Codice civile», en *Seminarij complutenses de Derecho romano*, vol. XV, 2003, pp. 247 a 307.

(51) *Vid.* ALBANESE, B., voz «Illecito (storia)», en *Enc. dir.*, vol. XX, Milán [Giuffrè], 1970, pp. 65 a 69 (espec. p. 67).

(52) Acerca de esta *actio in factum generalis* y su relación con la *actio ex lege Aquilia*, *vid.*, ROTONDI, G., «Dalla "Lex Aquilia"», *ob. cit.*, 1.<sup>a</sup> parte, pp. 944 y ss. e ID., «Teorie postclassiche sull'"actio legis Aquiliae"», publicado originalmente en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Perugia*, 1914 y recogido en *Scritti giuridici*, vol. 2, Milán [Hoepli], 1922, pp. 411 a 464, por donde se cita.

(53) Un breve apunte sobre el daño aquiliano en las obras de los preglosadores puede verse en ROTONDI, G., «Dalla "Lex Aquilia"», *ob. cit.*, 1.<sup>a</sup> parte, p. 238, quien las considera de escaso interés en este punto. Para el tratamiento de la materia entre los glosadores, postglosadores y humanistas, *vid.* con carácter general, además de ROTONDI, G., *loc. ult. cit.*, pp. 239 a 255, MASSETTO, G. P., voz «Responsabilità extracontrattuale (dir. interm.)», en *Enc. dir.*, vol. 39, Milán [Giuffrè], 1988, pp. 1118 y ss., VALDITARA, G., «Dalla *lex Aquilia* all'art. 2043 del Codice civile», *ob. cit.*, pp. 287 y ss.; CERAMI, P., «La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio», en VACCA (coord.), *La responsabilità civile*, *ob. cit.*, pp. 107 a 119 y CURSI, M. F., *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Nápoles [Jovene], 2010, pp. 97 y ss.

reparación del daño (54). Con todo, el fundamento de la obligación de indemnizar seguía siendo la comisión de un delito y no la causación de un daño injusto, por lo que, en el fondo, nos seguimos moviendo aún en los parámetros del antiguo Derecho romano (55).

b) Hay que esperar al iusnaturalismo del siglo XVII para apreciar un verdadero cambio en la configuración dogmática de la responsabilidad extracontractual: es en la obra de Hugo GROCIO en la que se afirma, por vez primera, el principio de que *todo hecho ilícito* –que el jurista holandés denominaba *maleficium*– genera la obligación de resarcir el daño ocasionado (56), *con independencia de que ese mismo hecho lleve aparejada, al propio tiempo, la imposición de una pena* (57). El fundamento de la obligación de resarcir el daño no es ya la comisión de un delito tipificado y sancionado como tal, sino la infracción del deber natural de no causar un perjuicio a otro (*neminem laedere*) (58). Esta construcción moderna de un Derecho general del ilícito privado es la que acabará incorporándose a los primeros Códigos

(54) Así, por ejemplo, el alemán Böhmer, quien señalaba que del *damnum contra ius datum*, entendido como *delictum* o como «hecho ilícito», nacían dos obligaciones: una *ad lesionis reparationem* y otra *ad poenam* (BÖHMERI, J. H., *Doctrina de actionibus ad praxin hodiernam et novissimam ordinationem processus electoralis saxonici accomodata*, ed. Frankfurt am Main [Ex Officina Buchneriana], 1756, *sectio II, cap. XI, De actionibus personalibus ex facto illicito ortis*, § I, pp. 684 y 685).

(55) Es cierto que, en la práctica, la *actio legis Aquiliae* había llegado a convertirse en la *actio ex delicto* por excelencia y podía usarse en lugar de cualquier otra acción especial; pero, a pesar de ello, los escritores humanistas «non potevano emanciparsi dalle fonti fino al segno d’affermare la responsabilità per fatto illecito colposo come regola generale» (ROTONDI, G., «Dalla “Lex Aquilia”», ob. cit., 2.<sup>a</sup> parte, pp. 253 y 255).

(56) GROTIJ, H., *De iure belli ac pacis libri tres*, ed. Ámsterdam [Apud Ioannem Blaeu], 1651, lib. II, cap. XVII, *sub I*, p. 289: *Maleficium hic appellamus culpam omnem, sive in faciendo, sive in non faciendo, pugnantem cu meo, quod aut homines communiter, aut pro ratione certae qualitatis facere debent. Ex tali culpa obligatio naturaliter oritur, si damnum datum est, nempe ut id resarcitur*.

(57) Dice KUPISCH, B., «La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale», en VACCA (coord.), *La responsabilità civile*, ob. cit., pp. 137 y 138, que esta afirmación no es tan clara aún en Grocio, como lo sería después en Pufendorf (*ibid.*, p. 129). Y es que los ejemplos con los que el primero ilustra la materia, así como la terminología empleada (*obligatio ex maleficio*), podrían llevar a pensar que el autor neerlandés se refería tan sólo a conductas sancionadas penalmente (*ibid.*, p. 137). Pero esto se ve desmentido en otros pasajes de su obra, como cuando afirma: *non tamen semper, ubi damni obligatio est, etiam delictum est, sed tum demum si qua malitia notabilior accesserit, cum ad damni dati obligationem saepe qualiscumque culpa sufficiat* (GROTIJ, H., ob. cit., lib. II, cap. XXI, *sub I*, p. 366) (*ibid.*, p. 138).

(58) Afirma HEINECIO, en sus *Elementa iuris naturae et Gentium*, ed. Halle [Orphanotropheum], 1738, lib. I, cap. VII., que del principio de igualdad entre los hombres se deriva una obligación de amor recíproco de la cual surge, a su vez, la *obligatio connata* de *neminem laedere* (§§ 172 y ss.), y que es norma general del

gos civiles del área germánica (59). Así, por ejemplo, el *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* de 1794 crea una figura general de «acto ilícito» como fuente de la obligación de resarcir el daño (60), concebido éste como cualquier empeoramiento de la condición de una persona respecto al cuerpo, a la libertad, al honor o a la propiedad (61). Y la misma noción genérica de ilícito aparece codificada en el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austríaco de 1811, en el que el daño se define como «cualquier perjuicio que se haya causado a un tercero respecto a su patrimonio, a sus derechos o a su persona» (62).

c) Idéntica fórmula general es la que parece recoger también el artículo 1382 del Código civil francés de 1804, a tenor del cual: «cualquier acción humana que cause un daño a otra persona obligará a aquél por cuya falta se hubiese producido a reparar dicho daño». Sin embargo, el propio lenguaje del Código napoleónico pone de manifiesto que el legislador francés manejaba, en realidad, un concepto de «hecho ilícito» menos homogéneo que el empleado por los iusnaturalistas y los Códigos germánicos. En efecto, la responsabilidad extracontractual aparecía regulada en el título IV, del Libro III, bajo la rúbrica: «Delitos y *cuasi-delitos*». Y aunque esta distinción carecía de toda relevancia práctica (63), lo cierto es que revelaba una concepción particular del ilícito civil, que tenía su origen en la obra de Domat, y que se aprecia con claridad en los trabajos preparatorios del *Code* (64).

---

derecho natural *ut qui damnum dedit ad illud resarciendum satisfaciendumque omnino sit obligatus* (§ 210).

(59) *Vid.*, por todos, ROTONDI, G., «Dalla “Lex Aquilia”», ob. cit., 2.<sup>a</sup> parte, pp. 267 y ss. y CURSI, M. F., «L’eredità del giusnaturalismo nei codici europei», en *Id.*, *Danno e responsabilità*, ob. cit., pp. 167 y ss.

(60) ALR, I. 6, rúb.: «*Von den Pflichten und Rechten, die aus unerlaubten Handlungen entstehen*».

(61) ALR, I. 6, § 1: «*Schade heißt jede Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen, in Absicht seines Körpers, seiner Freyheit, oder Ehre, oder seines Vermögens*».

(62) § 1293 ABGB: «*Schade heißt jeder Nachtheil, welcher jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefüget worden ist*»; § 1295 ABGB: «*Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefüget hat, zu fordern*».

(63) Por todos, TERRÉ, F. (*et al.*), *Droit civil. Les obligations*, 12.<sup>a</sup> ed., París [Dalloz], 2019, p. 979. *Contra*, MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tomo primero, 6.<sup>a</sup> ed., París [Montchrestien], 1965, pp. 473 y ss.

(64) Acerca los cuales y en relación con este tema, puede verse DESCAMPS, O., *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, París [LGDJ], 2005, *passim* (espec. pp. 441 y ss.).

Como es sabido, Pothier dividía los hechos ilícitos generadores de responsabilidad civil en dos categorías: el delito y el cuasidelito, en función de que los daños se hubieran producido con dolo o con simple imprudencia (65). Y, para la mayoría de los tratadistas franceses del siglo XIX, ésta era la lógica a la que respondía asimismo la división del Código civil (66).

No obstante, existen argumentos para sostener que, en realidad, el modelo que siguió el legislador francés fue, en un principio, el diseñado por Domat (67). Este otro autor distinguía tres tipos de «faltas» (*fautes*) (68) de las que podía derivarse un perjuicio: aquellas que suponen un crimen o un delito; aquellas que cometen quienes rompen un compromiso contractual; y aquellas otras que no tienen nada que ver con los contratos, ni suponen un crimen o un delito, como la que comete aquel que por descuido arroja algo por la ventana estropeando un vestido, o aquel otro que causa un incendio por imprudencia (69).

---

(65) POTHIER, R. J., *Traité des obligations*, en SIFFREIN (ed.), *Œuvres de Pothier, nouvelle édition*, tomo primero, París [Chez l'Éditeur], 1821, § 116, p. 158: «Les délits sont la troisième cause qui produit les obligations, et les quasi-délits la quatrième. On appelle délit le fait par lequel une personne, par dol ou malignité, cause du dommage ou quelque tort à un autre. Le quasi-délict est le fait par lequel une personne, sans malignité, mais par une imprudence qui n'est pas excusable, cause quelque tort à un autre» (y de modo similar en ID., *Coutume d'Orléans*, en DUPIN (ed.), *Œuvres de Pothier, nouvelle édition*, tomo segundo, París [Bechet Ainé], 1824, § 116, p. 48: «On appelle délits et quasi-délits, les faits illicites, qui ont causé quelque tort à quelqu'un, d'où naît l'obligation de le réparer. Si ce fait procède de malice et d'une volonté de causer ce tort, c'est un délit proprement dit, tel que le vol: s'il ne procède que d'imprudence, c'est un quasi-délict»).

(66) Vid. los autores citados por DESCHEEMAËKER, E., *The Division of Wrongs. A Historical Comparative Study*, Oxford [Oxford University Press], 2009, p. 124, en texto y nota 56.

(67) Pone igualmente en cuestión que el *Code* siguiese los postulados de Pothier en materia de responsabilidad extracontractual, DESCHEEMAËKER, E., ob. cit., pp. 118 y ss. y reconocen la influencia de Domat, entre otros, RANJARD, Y., *La responsabilité civile dans Domat*, París [Tesis doctoral – Université de Paris], 1943, pp. 44 a 46 y MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A., ob. cit., p. 45, en texto y nota 3 bis.

(68) Sobre la ambigüedad en el uso del término *faute* por parte de Domat, vid. DESCHEEMAËKER, E., ob. cit., pp. 144 a 146.

(69) DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 2.<sup>a</sup> ed., tomo II, París [Jean Baptiste Coignard], 1696, lib. 2, tit. 8, p. 113: «On peut distinguer trois sortes de fautes dont il peut arriver quelque dommage. Celles qui vont à un crime ou à un délit: Celles des personnes qui manquent aux engagements des conventions, comme un vendeur qui ne délivre pas la chose vendue, un locataire qui ne fait pas les réparations dont il est tenu: Et celles qui n'ont point de rapport aux conventions, & qui ne vont pas à un crime ni à un délit: Comme si par légèreté on jette quelque chose par une fenêtre que gâte un habit: Si des animaux mal gardez font quelque dommage: Si on cause un incendie par une imprudence: Si un bâtiment qui menace ruine n'étant pas réparé tombe sur un autre, & y fait du dommage».

Fácilmente se advierte que, con el primer y tercer tipo de faltas, el jurista auvernés se estaba refiriendo, como Pothier, a la responsabilidad por delito y cuasidelito (70). Pero lo importante es que, al contrario de este último, Domat no basaba la diferencia entre una y otra categoría en la presencia de dolo o imprudencia, sino en la *calificación penal* que mereciese el hecho generador de responsabilidad. Dicho con otras palabras: Domat identificaba el delito (civil) con el hecho castigado por la ley penal (como «crimen» o «delito» (71)), mientras que el cuasidelito constituía para él una categoría residual que englobaba todos los ilícitos no susceptibles de reproche penal (72). Se trataba, además, de una construcción con importantes consecuencias dogmáticas, porque en opinión de este autor, el Derecho civil únicamente tendría por objeto los cuasidelitos, siendo así que *la responsabilidad civil derivada de un hecho sancionado penalmente pertenecería a la esfera del Derecho penal* (73).

Este enfoque es el que se siguió, sin duda, en los trabajos preparatorios de los Códigos civil y penal franceses. Prueba de ello es que el proyecto de Código civil de 1801 (74) ni siquiera mencionaba los delitos entre las fuentes de las obligaciones, limitándose a regular tan sólo la responsabilidad derivada de los cuasidelitos, a los que definía como aquellos «*actos del hombre que contienen una falta no susceptible de ser castigada por la [ley penal] y que le obligan a reparar el daño causado*» (75). No se puede ser más claro: la responsabilidad

(70) RANJARD, Y., ob. cit., p. 40.

(71) «On appelle crime ou délit une injustice qui mérite punition» (DOMAT, J., *Le droit public*, lib. 3, tít. 1, se cita por esta edición: *Le droit public, suite des loix civiles dans leur ordre naturel*, nouvelle édition, tomo II, Luxemburgo [André Chevalier], 1702, p. 201).

(72) DESCHEEMAERKER, E., ob. cit., pp. 131 y 132.

(73) DOMAT, J., *Les loix civiles*, ob. cit., p. 113: «De ces trois sortes de fautes [las enumeradas *supra* en el texto y en la nota 69] *il n'y a que celles de la dernière espèce qui soient la matière de ce Titre. Car les crimes & les délits ne doivent pas être mêlez avec les matières civiles, & tout ce qui regarde les conventions, a été expliqué dans le premier Livre*» (vid. esta aproximación entre los autores españoles, *infra* en la nota 90 y el texto correspondiente).

(74) *Projet de Code Civil, présenté par la Commission nommée par le Gouvernement le 24 Thermidor an 8*, París [Imprimerie de la République], an IX (=1801) (conocido como «Proyecto de la Comisión Tronchet», está recogido en FENET, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tomo II, París [Videcoq], 1836, pp. 3 y ss.).

(75) Art. Ier, liv. III, tit. III: «IV. Les quasi-délits sont les faits de l'homme qui contiennent de sa part une faute non susceptible d'être punie par la police simple, correctionnelle ou criminelle, et qui l'obligent à quelque réparation du dommage qui en est résulté». La razón por la que el *Code* acabó incorporando una definición de «hecho ilícito» tan amplia como la del artículo 1382, bajo el título «De los delitos y



derivada del «delito» (concebido éste en términos penales), no es materia de la que deba ocuparse el Código civil. La confirmación la encontramos en el Proyecto de Código Criminal redactado ese mismo año (1801) (76), en el que sí se regulaba minuciosamente la responsabilidad civil «derivada del delito»:

*Art. 58. Quand il y aura lieu à restitution envers une partie lésée, le coupable sera condamné en outre à des indemnités, dont la détermination est laissée à la justice du tribunal, lorsque la loi ne les aura pas réglées; sans qu'elles puissent jamais être au-dessous du quart des restitutions.*

*Ces indemnités appartiendront à la partie lésée, qui pourra en disposer à volonté, sans que le tribunal puisse, du consentement même de la partie, en prononcer l'application à une œuvre quelconque [...].*

*Art. 62. Tous les individus condamnés pour un même crime ou pour un même délit, sont tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages-intérêts et des frais.*

*Art. 78. Sont civilement responsables des restitutions et des indemnités, adjudgées à ceux auxquels les crimes ou les délits ont causé des dommages, ainsi que des amendes et des frais,*

*Les pères, ou à leur défaut les mères tutrices, au défaut de celles-ci les tuteurs ou tutrices, les maîtres de pension de mineurs au-dessous de l'âge de seize ans et qui sont sous leur garde, les instituteurs et institutrices, à l'égard de ceux o de celles de leurs élèves ou disciples, âgés de moins de seize ans, qui commettraient des crimes ou des délits, pendant tous les momens où ils sont sous leur surveillance et celle de leurs préposes;*

*Les chefs de famille ou de maison, les maîtres, les entrepreneurs, à l'égard des crimes ou des délits commis par leurs gens de service,*

---

cuasi delitos», hay que buscarla en las observaciones del *Tribunal de Cassation*, que, llamado a pronunciarse sobre el Proyecto, criticaba de esta forma el precepto transcrito: «L'article du projet semble supposer qu'il ne s'agit ici que des quasi-délits non susceptibles de peine par voie de police simple, correctionnelle ou criminelle; mais lors même qu'un délit est assez grave pour être poursuivi par voie de police correctionnelle, ou criminellement, il n'en pas moins vrai qu'un engagement sans convention en résulte en faveur de celui qui a éprouvé le dommage». Y proponía, en consecuencia, una redacción alternativa: «Les délits et quasi-délits sont les faits de l'homme desquels est résulté un dommage à la réparation duquel il est obligé, lorsque ces faits contiennent une faute, même non susceptible d'être punie par la police simple, correctionnelle ou criminelle» (vid. FENET, P. A., ob. cit., pp. 415 y ss.).

(76) *Projet de code criminel, correctionnel et de police, présenté par la Commission nommée par le Gouvernement*, París [Imprimerie de la République], s.f. pero ca. 1803-1804. Sobre este proyecto, vid. brevemente CARBASSE, J. M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, París [Presses Universitaires de France], 2000, § 239, pp. 398 a 400, y con mucho más detalle GAWELIK, K., *Sources de la codification pénale à la lumière des observations des tribunaux sur le projet de Code criminel de l'an IX*, dos tomos, Lille [Tesis doctoral – Universidad de Lille II], 2002.

*leurs ouvriers, leurs apprentis, à l'occasion seulement du genre de service auquel ils les emploient;*

*Les maris, à l'égard des crimes ou des délits commis par leurs femmes, jusqu'à concurrence seulement de la jouissance qu'ils ont des biens personnels des femmes coupables;*

*Les pères ou mères, tuteurs ou tutrices, curateurs ou curatrices, et les gardiens de personnes en démence ou fureur, quant à la réparation des dommages que ces personnes auront causés, lorsqu'ils auront manqué à la vigilance sous laquelle elles sont placées naturellement ou constituées par l'autorité publique;*

*Les aubergistes et hôteliers, à l'égard de celui qui, ayant logé chez eux, sans qu'ils eussent inscrit ses noms, sa profession et son domicile sur leur registre, aura commis un crime ou un délit dans le même arrondissement communal (77).*

Pues bien, es en este Proyecto francés en el que, con toda probabilidad, se inspiró Calatrava –a través de la obra de Bexon e influenciado por la de Bentham– para redactar el artículo 27 del Código penal español de 1822 (78), primera norma en la que se reguló en nuestro

---

(77) Dada la amplitud con la que finalmente se definió el «hecho ilícito» generador de la obligación de indemnizar en el *Code Napoléon* (art. 1382) este precepto acabaría desapareciendo del Código Penal de 1810, que se limitó a establecer la responsabilidad civil de los alberguistas y hoteleros (art. 73), remitiéndose para los demás supuestos al Código civil: «Dans les autres cas de responsabilité civile qui pourront se présenter dans les affaires criminelles, correctionnelles ou de police, les cours et tribunaux devant qui ces affaires seront portées, se conformeront aux dispositions du Code Napoléon, liv. III, tit. IV, chapitre II [arts. 1382 a 1386]» (art. 74). No obstante, la idea de que, en realidad, el Código civil se ocupaba tan sólo de los cuasi delitos y de que la responsabilidad derivada de los crímenes o delitos debía contenerse en el penal siguió estando muy presente en la doctrina de la época. Lo podemos apreciar claramente en el curioso proyecto de *Code de la sureté*, elaborado por el jurista francés Scipion-Jérôme Bexon (*vid.*, sobre el personaje, BUISSON, E., «Un jurisconsulte vosgien: Scipion Bexon, sa vie et ses œuvres», en *Annales de la Société d'émulation du département des Vosges*, LXVIIe Année, 1891, pp. 81 a 144, y sobre su influencia en el Código penal español de 1822, *infra* en el texto y las dos notas siguientes). Dicho proyecto, dirigido a Maximiliano I, Rey de Baviera, y publicado en 1807 –esto es, después del *Code civil* (1804), pero antes del *pénal* (1810)–, señalaba en su artículo 124 que «L'auteur d'un délit ou d'un crime, est tenu à l'entière réparation du tort en résultant, tant envers la chose publique, qu'envers les parties lésées» y, más adelante, en el artículo 130, establecía que: «Les dispositions de la réparation du tort, ou du dommage, s'appliquent également à quiconque en occasionne par un fait provenant de sa faute, de sa négligence, ou de son imprudence», pero al final de este precepto hay una nota a pie de página que reenvía, para este último caso, a los artículos 1382 a 1386 del Código civil (*vid.* BEXON, S. J., *Application de la théorie de la législation pénale, ou Code de la sureté publique et particulière*, París [Courcier], 1807, liv. II, chap. II, pp. 13 y 14).

(78) Los referentes doctrinales del Código nos los revela el propio Calatrava: «la Comisión confiesa ingenuamente que ha tomado muchas cosas del código francés

país la responsabilidad extracontractual. Júzguese, si no, el enorme parecido con los preceptos anteriormente transcritos:

*Además de los autores, cómplices, auxiliares y receptadores de los delitos, las personas que están obligadas á responder de las acciones de otros serán responsables, cuando estos delincan ó cometen alguna culpa, de los resarcimientos, indemnizaciones, costas y penas pecuniarias que correspondan; pero esta responsabilidad será puramente civil, sin que en ningún caso se pueda proceder criminalmente por ella contra dichas personas responsables. Los que están obligados á responder de las acciones de otros son los siguientes:*

*Primero: el padre, abuelo ó bisabuelo, respecto de los hijos, nietos ó biznietos menores de veinte años de edad, que tengan bajo su patria potestad y en su compañía; entendiéndose que esta responsabilidad debe ser subsidiaria en defecto de bienes propios del delincuente; y que nunca se ha de estender á mayor cantidad que la que importe la porción legítima de bienes que el hijo, nieto ó biznieto heredaría de su padre, abuelo ó bisabuelo.*

*Segundo: la madre, abuela ó bisabuela viudas, respecto de los hijos, nietos ó biznietos menores de diez y siete años, que tengan también en su compañía y bajo su inmediata autoridad, con las mismas circunstancias expresadas en el párrafo precedente.*

*Tercero: los tutores y curadores, los gefes de colegios, ú otras casas de enseñanza á pupilaje, los ayos, amos y maestros respecto de los menores de diez y siete años que tengan igualmente en su compañía y á su inmediato cargo, en cuanto no alcancen los bienes que á estos pertenezcan.*

*Cuarto: los obligados a guardar la persona del que esté en estado de demencia ó delirio, respecto del daño que este cause por falta del debido cuidado y vigilancia en su custodia.*

*Quinto: los amos y los gefes de cualquiera establecimiento respecto del daño que causen sus criados, dependientes ú operarios, con motivo ó por resultas del servicio ó trabajo en que aquellos los empleen; debiendo ser esta responsabilidad mancomunadamente con los que causen el daño, y sin perjuicio de que el amo ó gefe pueda repetir después contra ellos si se hubieren escedido de sus órdenes.*

*Sexto: los maridos respecto de sus mujeres, en cuanto alcancen los bienes que correspondan á estas, inclusa la mitad de ganancias.*

---

[de 1810], así como de las obras de Bentham, de Filangieri, de Bexon y de los demás que ha tenido a mano» (*Diario*, 1821, n.º 60, de 23 de abril, p. 924). Pero en lo tocante a la responsabilidad *ex delicto*, parece claro que la principal fuente de inspiración fueron Bentham y sobre todo Bexon (no pudo serlo, desde luego, el Código penal francés, porque sabemos que no regulaba la materia, *vid.* la nota anterior). De hecho, todo el título preliminar del Proyecto de 1821 calca el redactado años antes por este último autor (*vid.* el análisis comparativo que hace CASABÓ, J. R., *ob. cit.*, pp. 122 y ss. e *infra* la nota siguiente).

*Sétimo: los fiadores respecto de la persona que hayan fiado, y con arreglo á las circunstancias y condiciones de la fianza.*

*Octavo: los mesoneros, fondistas y cualesquiera otros que reciban huéspedes, aunque sea por obsequio, responderán también, mancomunadamente con el huésped que tengan en su casa, de las resultas pecuniarias del delito que este cometiere entonces, siempre que omitan el asiento verídico, o dejen de dar á la autoridad competente el aviso puntual que respectivamente les estén ordenados por las leyes ó reglamentos dentro del término que en ellos se prescriba (79).*

4. La razón por la que se eligió el texto punitivo como sede para albergar esta materia no fue, por tanto, el temor de que no se acabara aprobando el Código civil, sino *la firme convicción de que se trataba de una cuestión atinente al Derecho penal*. Para comprobarlo, no hay más que asomarse a los diarios de sesiones de las Cortes extraordinarias de 1821 (80), en los que se recoge, con todo lujo de detalles, la acalorada discusión que provocó entre los diputados la incorporación de este precepto (que era el 28 en el Proyecto debatido). Fue, en concreto, la caracterización que en él se hacía de la responsabilidad de las «personas obligadas a responder de las acciones de otros» (padres, madres, abuelos, curadores, amos y «gefes» de establecimiento, etc.) como «puramente civil» lo que suscitó el recelo de algunos diputados, que cuestionaban su ubicación en el Código penal. En este sentido, decía, por ejemplo, el Sr. Marcial López:

---

(79) Este precepto guarda también un notable paralelismo con los artículos 132 a 134 del Proyecto de Bexon (*cf.* BEXON, S. J., *ob. cit.*, pp. 14 y 15), ya que éstos no son sino un trasunto del artículo 78 del Proyecto francés, del que puede decirse, en consecuencia, que sirvió indirectamente como modelo a la Comisión. Estos supuestos de responsabilidad civil por hecho ajeno también son objeto de atención en la obra de Bentham. En la segunda parte de los *Principios del Código penal*, incluidos en sus *Tratados de legislación civil y penal* (publicados en Francia por Étienne Dumont en 1802), el filósofo inglés dedica una serie de capítulos a hablar de lo que él denomina la «satisfacción»; esto es, el equivalente que ha de darse a la parte perjudicada por el daño que el delito le ha causado. Esta satisfacción puede ser de distintos tipos: pecuniaria, en especie, «atestatoria» o mediante manifestación, honoraria, vindicativa y sustitutiva. De esta última, que es la que corre a cargo de un tercero que no ha cometido el delito, se ocupa en el Capítulo XVII, donde analiza las razones por las que el amo ha de responder por su criado, el tutor por su pupilo, el padre y la madre (en calidad de tutora) por sus hijos y el marido por su mujer (*vid.* BENTHAM, J., *Tratados de legislación civil y penal*, trad. al castellano, con comentarios, por SALAS, R., tomo II, Madrid [Imp. de D. Fermín Villalpando], 1821, pp. 315 y ss.).

(80) Fueron publicados en tres tomos (*Diarios de las actas y discusiones de las Cortes extraordinarias de 1821*, Madrid [Imp. Nacional], 1821), pero se citan por el diario oficial de sesiones.

«[...] no puedo menos de opinar que esto [la materia del artículo 28 del Proyecto] corresponde al código civil. Daré la razón. La persona responsable, según este artículo, está solo obligada á pagar la correspondiente pena, no corporal, sino pecuniaria, es decir, la que viene de los procedimientos, y el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el delito; pero ésta, verdaderamente hablando, no es pena porque nace de la culpa, y tomada la culpa en un sentido lato corresponde al código civil. De otro modo toda la materia de fraudes debe ponerse lo mismo en este código, y también la parte de contratos; y esto es sabido que tiene su lugar propio en el civil» (81).

Es, sin embargo, en las explicaciones que ofrece el ponente donde mejor se aprecia la confusión de los redactores del Código acerca de la verdadera naturaleza y el origen de la responsabilidad civil *ex delicto*:

«La responsabilidad de que aquí se trata –decía Calatrava– aunque sea puramente civil en sus efectos, como dirigida contra los bienes solos, *se impone como una especie de pena* por la culpa que se considera haber en la persona responsable. *Es una responsabilidad que*, aunque meramente pecuniaria, *procede de un delito ó culpa, y por consiguiente está bien puesta en el código penal*» (82).

---

(81) Sesión del día 16 de diciembre de 1821 (*Diario*, n.º 83, p. 1317). De la misma opinión era el Sr. GIL DE LINARES: «Si [la responsabilidad debe ser puramente civil] creo que el lugar propio donde corresponde colocar esta pena [!] es el código civil, pues si no se ha de proceder criminalmente, no hay necesidad de ponerla en el código penal» (*ibid.*). También GARELLY, mostrando su superioridad técnica (no en vano estaba encargándose de redactar el Proyecto de Código civil, *vid. supra* la nota 35): «He tomado la palabra no para entrar en el examen detallado del artículo, sino para manifestar su dislocación. La comisión conviene que el procedimiento en los casos del artículo será puramente civil y nunca criminal: luego su lugar propio es el código civil. Yo prescindo de la responsabilidad y de la extensión que se le da: lo que digo es que una responsabilidad puramente civil no corresponde al código penal. Si se dijese que había lugar á proceder criminalmente, aunque con penas pecuniarias, podría tolerarse; pero todo procedimiento civil, aunque dimane de culpa, es propio de un código civil» (*ibid.*). Y poco después: «Insisto, señor [dirigiéndose a Calatrava], en que esto no es del código criminal, al cual no toca arreglar el modo de proceder en materias puramente civiles [...]. [Y] por consecuencia esta parte debe trasladarse al código civil» (*ibid.*, p. 1318). La presencia de esta responsabilidad «puramente civil» en el Proyecto de Código penal fue criticada igualmente por algunos de los organismos e instituciones oficiales que, en respuesta a la invitación de la Comisión redactora, enviaron sus observaciones sobre el texto. Así sabemos, por boca de Calatrava (*ibid.*, p. 1317), que «el Colegio de [Abogados] de Pamplona cree que este punto no toca al código criminal» y que «[l]a Audiencia de Madrid dice que la responsabilidad pecuniaria toca al código civil, y que solo corresponde al penal la de los que reciben huéspedes; bien que estos, como que delinque por sí, deben ser castigados á su entender con el resarcimiento de daños y costas [...]».

(82) *Diario*, 1821, n.º 83, cit., p. 1317 (la cursiva es siempre nuestra).

Más adelante, volvía a insistir: «*Aunque dice la comisión que esta responsabilidad será puramente civil, sin que se pueda proceder criminalmente por ella, no se deduce que no haya de estar en el código penal una disposición que es inseparable de él. Esta responsabilidad pecuniaria se impone como pena ó como una especie de pena, y se dice que es puramente civil, porque no se ha de hacer efectiva procediendo criminalmente contra las personas responsables, sino que solo ha de tener efecto en los bienes de las mismas [...]. Esta disposición toca exclusivamente al código penal; porque, repito, es una especie de castigo que se prescribe contra la culpa que se supone en las personas responsables por otros*» (83).

Y concluía, visiblemente molesto con las críticas vertidas por los demás diputados: «*Parece que no acierto á explicarme, ó no se entiende lo que digo, pues veo repetirse los argumentos sobre cosas que en mi concepto no dan motivo á dudas [...]. Solo se trata, como he dicho y repito por tercera ó cuarta vez, de determinar una pena, lo cual es un objeto propio de este código [...]. Ruego a los señores que quieran impugnar el artículo, que nos hagan la justicia de creer que no tenemos empeño alguno en que esta declaración se ponga aquí o en otra parte; pero en nuestro concepto, y según las razones espresadas, este es su propio lugar, y nos parecería extraño que en el código civil se tratase de una responsabilidad por delitos*» (84).

La idea es básicamente la misma que la del prelegislador francés: la obligación de resarcir los daños derivados de un hecho merecedor de reproche penal tiene su sede natural en el Código punitivo porque, a fin de cuentas, es una *consecuencia del delito* («procede de un delito...»). Con ello se quiebra, de algún modo, la idea iusnaturalista del «hecho ilícito» como categoría uniforme y de la infracción del *neminem laedere* como fundamento último del deber de indemnizar. Se vuelve, en definitiva, a la concepción si no del Derecho romano, sí de su recepción por los humanistas [*supra sub a*], *in fine*: el delito (o, en general, la infracción penal, comoquiera que ésta se denomine) es

(83) *Ibid.*, p. 1318.

(84) *Ibidem*. Concordando con Calatrava, decía otro diputado, el Sr. OCHOA: «A mí me parece que esta parte del artículo está en su lugar [...]. Es sabido que el hombre debe responder, ó se obliga por cuatro causas (sin que sea mi ánimo hacer una disertación académica), que son contrato, cuasi contrato, delito, y cuasi delito. Los contratos ó cuasi contratos son objeto del código civil; los delitos y cuasi delitos del criminal [...]. Repito pues que este artículo le considero en su lugar, ya se hable del resarcimiento de daños é indemnizaciones, ya de las multas pecuniarias, porque uno y otro trae su procedencia de un casi delito ó culpa mas ó menos grave» (*ibid.*, pp. 1319 y 1320).

en sí mismo fuente de la obligación civil de resarcir el daño. Y esta forma de ver las cosas fue la que motivó que, años más tarde, en 1848, el legislador español incluyera de nuevo la responsabilidad *ex delicto* en el Código penal (85). Podemos constatarlo acudiendo esta vez a las actas de la Sección Penal de la recién creada Comisión General de Codificación (86). En la correspondiente a la sesión del 26 de octubre de 1844 y al tratar de la cuestión relativa a las personas responsables civilmente de los delitos y faltas (Cap. 2.º del Tít. II), el Sr. Ruiz de la Vega afirma:

«En el Código civil se trata de esto, pero no impide que también aquí se haga porque son distintos los objetos: en aquél es el de las acciones que producen daño por una mera negligencia o descuido, sin propósito malicioso, que es lo que se llama cuasi delito, y recuerdo que en el mismo proyecto se ha puesto un artículo advirtiendo que las responsabilidades civiles que emanen de delito se comprenderían en el Código penal[ (87)]. *Tenemos aquí necesidad de tratar de la responsabilidad que nace de un delito o falta en que haya intención de parte del autor*, aun cuando sea otra la persona responsable» (88).

De hecho, el desconcierto reinante en la Comisión acerca del origen y significado de la responsabilidad *ex delicto* sería confesado por dos de sus miembros tras la publicación del Código:

«Los artículos 16, 17 y 18 [en los que se establecían supuestos de responsabilidad civil por hecho ajeno] estarían perfectamente en el código civil en el tratado de las obligaciones, al hablar de las que se forman sin convención. Aquí bastaba haber dicho que toda persona responsable criminalmente de un delito ó falta, lo sería civilmente a la reparación del daño causado; y para satisfacer á este objeto sobraba con el artículo 15, que es en donde se consigna oportunamente el principio [...]. [S]i en el código nuevo no se ha seguido este sistema [...] es porque en su redacción se ha procedido bajo el imperio de una

---

(85) Resulta muy revelador que las Bases de este Código, aprobadas oficialmente el 6 de noviembre de 1843 (GdM, n.º 3342, de 11 de noviembre, p. 2) y redactadas por el diputado Manuel SEIJAS LOZANO (según afirmó el mismo en el Congreso, *vid.* DS-CD, n.º 79, de 10 de marzo de 1848, p. 1714) incluyesen entre las *penas* «la indemnización del daño causado» (las Bases pueden consultarse en LASSO, J. F., *ob. cit.*, tomo 5, vol. I, pp. 261 y 262, y las recoge también CANDIL, F., «Observaciones sobre la intervención de Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código penal de 1848», en *ADPCP*, 1975, pp. 409 a 411).

(86) Están publicadas por LASSO, J. F., *Crónica de la codificación española*, *ob. cit.*, tomo 5, vol. II, apéndice VI, pp. 461 y ss.

(87) Se refiere al artículo 1899 del Proyecto de 1851: «Todo el que comete un delito o falta contrae la responsabilidad civil definida y regulada en el Código penal».

(88) *Vid.* LASSO, J. F., *loc. ult. cit.*, p. 546 (énfasis añadido).

equivocación que ahora sinceramente reconocemos. La comisión, al redactar esta parte de la ley se preocupó, considerando que hay muchas personas á quienes, aunque ejecuten un hecho penado por la ley, no puede imponérseles más responsabilidad que la civil, que consiste en la reparación del daño [el caso de los locos, dementes, menores de nueve años, etc.]. Pero no se advirtió por la comisión que la responsabilidad civil que se impone á un menor obligándole á reparar con sus bienes el daño causado por sus hechos, no es una responsabilidad proveniente de un delito o falta, es una responsabilidad que se funda en ese principio de derecho civil y común, de que el *hombre responde siempre de las consecuencias de un hecho propio* [en cursiva en el original]» (89).

5. Vemos, pues, que la cuestión acerca de la correcta ubicación de las normas sobre responsabilidad civil *ex delicto* estuvo bien presente tanto en la elaboración del Código penal de 1822, como en la del posterior de 1848, y el motivo por el que finalmente se optó por colocarlas en el texto punitivo fue en ambas ocasiones el mismo: la convicción de que esta materia formaba parte del Derecho penal. Esto explica que la doble regulación de la responsabilidad extracontractual acabara por perpetuarse en el artículo 1092 del Código civil vigente, a tenor del cual: «*Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal*». Y es que, en aquella época, las tesis que predominaban en la doctrina española eran, al fin y a la postre, las enunciadas cerca de dos siglos antes por DOMAT. Lo vemos en el tratamiento que daba a esta materia uno de los más ilustres civilistas de la segunda mitad del siglo XIX, Benito GUTIÉRREZ, quien concluía el libro IV de sus *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español* (1869) con las siguientes reflexiones acerca de los cuasi delitos:

«*El Proyecto de Código [civil de 1851] dedica dos capítulos [...] a tratar de las obligaciones provenientes de los delitos ó que nacen de culpa ó negligencia; el mas sistemático de nuestros Códigos, el de Partida, pasa en silencio esta doctrina: por lo cual, sin embargo, no acusamos de omiso al inmortal autor de tan ponderado libro, pues fue tal vez su opinión como lo es hoy la de algunos que el determinar la*

---

(89) VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios al nuevo Código penal*, Madrid [González y Vicente], 1848, pp. 188 y 189. *Vid.*, en el mismo sentido, GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M., *Elementos del Derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica*, tomo III, 5.ª ed., Madrid [Imp. de Sánchez], 1855, pp. 74 y 75.



*responsabilidad nacida de un hecho ilícito corresponde más que á la parte civil á la parte penal del derecho» (90).*

C) LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO* NO ES MÁS QUE UN RÉGIMEN ESPECIAL DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL GENERAL

Confiamos en que esta digresión histórica haya servido para poner en claro dos cosas: (i) que la regulación de la responsabilidad civil *ex delicto* en el Código penal responde a la concepción que el legislador decimonónico tenía de este tipo de responsabilidad, como una auténtica consecuencia del delito, perteneciente, en cuanto tal, a la esfera del Derecho penal [*supra* B, *sub* 4) y 5)]; y (ii) que esta concepción era entonces y es ahora manifiestamente errónea, por cuanto resulta evidente que la obligación de reparar no deriva del delito, sino de la causación de un daño antijurídico, como lo muestra el hecho de que la comisión de un delito sin daño no comporta indemnización alguna [*supra* A, *sub* 1)], y porque no hay ni un solo elemento de su régimen jurídico (arts. 109 y ss. CP) que permita dudar de su carácter estrictamente jurídico-privado [*supra* A, *sub* 2)].

La sedicente responsabilidad civil *ex delicto* ni deriva del delito, ni tiene nada que ver con la pena. En realidad, los artículos 109 y siguientes del Código penal no son más que un *régimen especial de la responsabilidad extracontractual general*, prevista en los artículos 1902 y siguientes del Código civil. Y es que, como demostrara PANTALEÓN, la acción de responsabilidad civil derivada de delito y la acción de responsabilidad extracontractual son, a fin de cuentas, la misma cosa: cuando un hecho antijurídico genera un daño, surge en el patrimonio del sujeto dañado una única pretensión –o «acción» en sentido sustantivo– que tiene idéntico fundamento (el daño), finalidad (resarcitoria)

---

(90) Se cita por la edición facsimilar publicada por Lex Nova en 1998, tomo V, p. 633. Éste era también el parecer del principal exégeta del Proyecto, Florencio GARCÍA GOYENA, quien en el Título VIII del tercer tomo de su *Febrero, ó Librería de Jueces, Abogados y Escribanos* (con AGUIRRE, J.), Madrid [Boix], s.f. pero 1841, dedicado a los contratos y obligaciones en general, tras explicar que «[l]as obligaciones proceden o de hecho voluntario del hombre contenido en contrato, cuasi-contratos, delitos y cuasi-delitos, o independientemente de la voluntad del hombre y por sola disposición de la ley [...]», advierte lo siguiente: «Anunciamos desde luego que descartaremos de esta parte, como puramente civil, las obligaciones que nacen de los delitos y cuasi-delitos: el orden y método de nuestro sabio código de las Partidas nos parecen mucho más naturales y filosóficos que los que han adoptado nuestros institutistas por apego y respeto al Derecho romano. Los delitos y cuasi-delitos fueron justamente relegados a la séptima partida, es decir, al código criminal [...]» (n.º 2629, p. 105).

y naturaleza (civil), con independencia de que el hecho lesivo tenga o no consideración de delito desde un punto de vista penal. No estamos, por consiguiente, ante un concurso de acciones (*Anspruchskonkurrenz*), sino ante un concurso de normas que regulan una misma pretensión (*Anspruchsnormenkonkurrenz*) (91). Concurso que habrá de resolverse, a nuestro juicio, en virtud del principio de especialidad, aplicando el régimen del Código penal (arts. 109 y ss.), en detrimento de las normas generales del Código civil (arts. 1902 y ss.), siempre que la conducta lesiva sea calificada como delito por el Tribunal penal competente (92).

## 2. La responsabilidad civil en la que incurre el administrador desleal es de carácter contractual

Precisamente esta conclusión nos conduce al segundo de los argumentos sobre los que podría fundarse la tesis de que la responsabilidad civil del administrador de una sociedad de capital que es condenado por un delito de administración desleal (art. 252 CP) ha de regirse por las normas del Código penal (arts. 109 y ss.). Como se recordará, este otro argumento venía a decir lo siguiente: la Ley de Sociedades de Capital (arts. 236 y ss.) regula, en todo caso, la responsabilidad por incumplimiento del contrato de administración –esto es, *la responsabilidad (societaria o) contractual*–, pero cuando ese incumplimiento alcanza un reproche penal, saldríamos fuera de la órbita del contrato, incurriendo el administrador en una responsabilidad de naturaleza *extracontractual*; y puesto que las normas que recoge el Código penal constituyen un régimen especial de responsabilidad *extracontractual*, que entra en juego cuando los hechos reciben la calificación de delito, habrán de ser dichas normas –y no las de la Ley de Sociedades de Capital– las que tengan que aplicarse en estos casos.

---

(91) *Vid.* PANTALEÓN, F., en sus comentarios a las SSTs de 28 de enero, 10 de marzo, 27 de mayo, 25 de junio y 7 de julio de 1983 (en *CCJC*, 1983, n.º 1, pp. 103 a 116; n.º 2, pp. 447 a 458 y 617 a 629; n.º 3, pp. 789 a 799 y 825 a 836), de 13 de julio de 1984 (en *CCJC*, 1984, n.º 6, pp. 1953 a 1964), de 6 de mayo de 1985 (en *CCJC*, 1985, n.º 8, pp. 2609 a 2624) y de 1 de julio de 1986 (en *CCJC*, 1986, núm. 12, pp. 3883 a 3915), y también en *Id.*, «Comentario al art. 1902», *ob. cit.*, p. 1973. Le sigue GÓMEZ CALLE, E., «Comentario a la STS de 27 de septiembre de 1990», en *CCJC*, n.º 24, 1990, p. 1030.

(92) Así también, YZQUIERDO, M., *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid [Reus], 1993, pp. 75 a 77. *Contra*, postulando la aplicación del principio *iura novit curia*, PANTALEÓN, F., *obs. cit.* en la nota anterior.

A) LA DISTINCIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

1. Este argumento nos introduce de lleno en el delicado problema de la *distinción entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Pero, a los fines que aquí interesan, no será necesario descender a los detalles de una cuestión que sigue siendo polémica en la doctrina y cuya solución se ha visto notablemente oscurecida por la inclinación del Tribunal Supremo a dar a cada caso concreto la solución «justa» o equitativa, aun a costa de sacrificar los más elementales postulados de la dogmática jurídica (93).

Simplificando mucho las cosas, podemos decir que la responsabilidad contractual y la extracontractual conforman *de lege lata* dos categorías distintas, regidas por normas diversas y con ámbitos de aplicación diferenciados (94). Es más, de acuerdo con la opinión mayoritaria, el sistema vigente en nuestro ordenamiento respondería al modelo francés del *non-cumul* que postula la incompatibilidad absoluta de ambos tipos de responsabilidades (95), de suerte que un

(93) Cfr. CARRASCO, A., «Comentario al art. 1101», en ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo XV, vol. 1, Madrid [Edersa], 1989, pp. 415 y ss.

(94) La tesis de la unidad de la culpa civil fue sostenida en Francia, entre otros, por Lefebvre, Grandmoulin y Aubin (cfr. BRUN, A., *Rapports et Domaines des Responsabilités Contractuelle et Délictuelle*, París [Recueil Sirey], 1931, pp. 109 a 114), y en Italia por Canelutti y Cogliolo (cfr. CARADONNA, P., «Concorso di colpa contrattuale ed extracontrattuale», en *Riv. dir. comm.*, 1922, I, pp. 261 a 277, *passim*). En España, la viene aplicando desde la segunda mitad de los años 90 el Tribunal Supremo (vid. DE ÁNGEL, R., en SIERRA (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, tomo I, 2.ª ed., Barcelona [Bosch], 2008, pp. 33 y ss.) y aboga por ella, *de lege ferenda*, YZQUIERDO, M., «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación», en *RCDI*, n.º 603, 1991, pp. 448 y ss.

(95) Vid. ya LAURENT, F., *Principes de droit civil*, tomo 16, 1.ª ed., Bruselas [Bruylant-Christophe & Comp.] – París [A. Durand & Pedone Lauriel], 1875, n.º 230, p. 293: «Appliquer la faute aquilienne aux obligations conventionnelles, c'est non-seulement violer le texte du code, c'est surtout méconnaître l'esprit de la loi», y después la doctrina predominante hasta nuestros días, v.gr.: BONNET, E., «Responsabilité délictuelle et contrat», en *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1912, pp. 418 y ss.; JOSSERAND, L., *Cours de Droit civil positif français*, tomo II, 3.ª ed., París [Recueil Sirey], 1939, n.º 486, p. 291; MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A., ob. cit., pp. 230 y ss. (espec. pp. 258 y 259); VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Les conditions de la responsabilité*, en GHESTIN (dir.), *Traité de Droit Civil*, 3.ª ed., París [LGDJ], 2006, pp. 788 y ss.; etc. Este principio, acogido asimismo por la jurisprudencia (vid. Cass. 2e civ. 9 juin 1993, en *Bull. civ.*, 1993, II, n.º 204, p. 110), podría quedar consagrado en el *Code* si llega a aprobarse finalmente el *Projet de réforme de la responsabilité civile*, presentado por el Ministerio de Justicia el 13 de marzo de 2017 (art. 1233: «En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions propres à la responsabilité contractuelle

mismo daño nunca podría ser calificado, a la vez, como contractual y extracontractual (96). A este respecto se afirma que, existiendo entre el sujeto dañante y el perjudicado una previa relación obligatoria, tan sólo puede haber lugar a una responsabilidad de carácter contractual. En estos casos, –dice Yzquierdo– «la norma genérica de la responsabilidad aquiliana deja de desempeñar su función frente a la norma específica que, tutelando el mismo interés, ha sido la deseada por las partes al contratar» (97). La cuestión se reduciría, por tanto, a comprobar si, en el supuesto concreto, existe un contrato válido entre el responsable y la víctima, y si el daño deriva del incumplimiento de ese contrato.

2. Ahora bien, determinar cuándo el daño resulta del incumplimiento contractual no es tarea, en absoluto, sencilla. Buena muestra de ello son los bandazos que ha ido dando la jurisprudencia en esta materia. Con relativa frecuencia, el Supremo ha sostenido que, a fin de que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana, no es suficiente con que haya un contrato entre las partes, sino que se requiere además la realización de un hecho *dentro de la rigurosa órbita de lo pactado* (vid., por ejemplo, STS de 9 de marzo de 1983 (98)). De conformidad con esta doctrina, la responsabilidad contractual «pura» se daría sólo cuando el hecho se presentase como infracción de una de las obligaciones (expresamente) convenidas (STS de 19 de junio de 1984 (99)). Lo cual ha llevado a calificar como

---

*pour opter en faveur des règles spécifiques à la responsabilité extracontractuelle»* (vid. TERRÉ, F. (et al.) ob. cit., p. 973).

(96) Las distintas opiniones acerca de si el Derecho español admite la concurrencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual las recoge CAVANILLAS, S., en CAVANILLAS/TAPIA, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid [Centro de Estudios Ramón Areces], 1992, pp. 81 y ss. Lo cierto, en cualquier caso, es que la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil se decanta por la denominada teoría de la individualización a la hora de configurar el objeto del proceso (arts. 218.2.º y 399.1), de modo que la *causa petendi* viene determinada no sólo por los hechos narrados por las partes, sino también por la fundamentación jurídica que éstas aleguen. Esto implica que, al menos en el plano procesal, las acciones de responsabilidad contractual y extracontractual sí serían dos acciones distintas e incompatibles entre sí, que únicamente podrían acumularse de forma eventual o subsidiaria [vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras», en AA.VV., *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Murcia [Universidad de Murcia], 2011, pp. 113 y ss. (en espec. pp. 158 y ss.)].

(97) YZQUIERDO, M., «La zona fronteriza», ob. cit., p. 485.

(98) RJ 1983/1463 (Cdo. segundo). Para un análisis crítico, vid. DE ÁNGEL, R., ob. cit., pp. 25 y ss.

(99) RJ 1984/3250 (Cdo. tercero).

extracontractuales los daños sufridos por las mercancías transportadas debido a la negligente conducción del vehículo (STS de 10 de mayo de 1984 (100)), o los padecidos por un esquiador a consecuencia de un defectuoso funcionamiento de las instalaciones (STS de 10 de junio de 1991 (101)). Pero, en otras ocasiones, el Alto Tribunal ha entendido, con mejor criterio, que el contenido del contrato no se reduce sólo a las inequívocamente estipuladas por las partes, sino que *comprende también las denominadas «obligaciones (accesorias) de seguridad»*, que se derivan de una correcta aplicación del artículo 1258 del Código civil, y que imponen al prestador del servicio el deber de velar por la salud y la integridad de su contraparte durante la ejecución del contrato (*vid.*, en relación con un contrato atípico de hospitalización, la STS de 12 de marzo de 2004 (102)).

3. La clave radicaría, entonces, en saber si el daño es consecuencia necesaria de una conducta que supone el incumplimiento de las obligaciones de prestación asumidas por el deudor o de cualesquiera otras de carácter accesorio determinadas por vía de integración *ex bona fide*. Y es en este punto en el que la calificación del hecho dañoso como delito podría ser relevante. Según la doctrina francesa menos reciente, a la que se adhieren algunos autores italianos y españoles, cuando el daño es resultado de un comportamiento sancionado penalmente, la responsabilidad debería calificarse como extracontractual, con independencia de que las partes estuvieran ligadas por un vínculo obligatorio previo (103). Es cierto que los fundamentos de esta opinión no han sido claramente establecidos por sus partidarios (104), pero si examinamos algunos de los ejemplos que se proponen a la

---

(100) RJ 1984/2405 (Cdo. cuarto).

(101) RJ 1991/4434 (FJ cuarto).

(102) RJ 2004/2146 (FJ segundo).

(103) En realidad, lo que suele reconocerse en estos casos es una excepción al principio de *non-cumul*, de suerte que el sujeto lesionado podría optar por ejercitar la acción de responsabilidad contractual o extracontractual. Así, además de los autores citados *infra* en las notas 105 a 107, LAURENT, F., *ob. cit.*, tomo 20, 1.ª ed., Bruselas [Bruylant-Christophe & Comp.] – París [A. Durand & Pedone Lauriel], 1876, n.º 463, pp. 493 y 494; WILLEMS, J., «Essai sur la responsabilité édictée par les articles 1382-1386 du code civil», *Revue générale du Droit*, tomo XIX, 1895, p. 115; DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, París [Librairie Arthur Rousseau], 1925, n.º 1244, pp. 553 y ss.; LALOU, H., *La responsabilité civile*, 1.ª ed., París [Librairie Dalloz], 1928, n.º 202, p. 134 y n.º 271, p. 169; entre nosotros, GULLÓN, A., *Curso de derecho civil: contratos en especial, responsabilidad extracontractual*, Madrid [Tecnos], 1968, p. 473.

(104) BRUN, A., *ob. cit.*, n.º 110, pp. 128 y 129, quien ofrece posibles explicaciones de orden técnico, lógico, de equidad, etc. Aunque lo más probable es que la razón última fuese la de permitir que el actor pudiera constituirse como parte civil en el proceso penal, posibilidad que quedaba reservada, en principio, al ejercicio de

hora de ilustrarla, parece que la idea que hay detrás es que *cuando el daño deriva de un hecho delictivo –sobre todo si se trata de un delito doloso– nos encontraríamos irremediablemente fuera de la órbita de lo pactado*. La razón es que, entre las obligaciones contractuales, no cabría entender incluida nunca la obligación de no dañar voluntariamente a la contraparte, puesto que nadie pacta no ser víctima de un ataque premeditado a su integridad física o a su patrimonio, ni este deber puede considerarse como un simple precipitado de la buena fe. En otras palabras: la existencia de un delito (doloso) pondría de manifiesto que el daño no deriva de un incumplimiento contractual, sino que el contrato y su ejecución habrían constituido tan sólo la ocasión escogida por el delincuente para producir el daño (105).

Así sucedería en el caso planteado por Larombière del inquilino que, de forma premeditada, prende fuego a la casa arrendada (106), o en aquel otro, rescatado de la jurisprudencia italiana por Caradonna, del cuidador al que se contrató para cuidar de un enfermo mental al que acabó maltratando (107). Por no alejarnos mucho del tema que nos ocupa, podríamos pensar en el consejero de una sociedad de capital que, tras una reunión, espera a quedarse solo para arramplar con uno de los cuadros que decoran la sala de juntas (108). En todos estos supuestos, es evidente que, pese a existir un contrato entre las partes, la responsabilidad en la que incurre el autor del ilícito es de carácter extracontractual, dado que *la relación entre el daño y el contrato es puramente fáctica*. En efecto, el sujeto dañante lo que hace es valerse del contrato para cometer un acto antijurídico que nada tiene que ver con el cumplimiento o incumplimiento de los deberes asumidos frente a la contraparte dañada. Es cierto que el administrador debe velar por la integridad del patrimonio social, pero este deber no trata de impedir que un cleptómano aproveche la posibilidad fáctica de acceder al patrimonio de la víctima que le brinda su condición jurídica para

---

acciones de naturaleza extracontractual (vid. MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A., ob. cit., p. 253).

(105) Dice LABBÉ que cuando el deudor realiza un hecho delictivo «*commet un acte que le contrat a rendu possible mais qui n'en pas une suite, qui n'est pas une dépendance des rapports créés par le contrat*» (apud MARTINE, E. N., *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, París [LGLJ], 1957, p. 155).

(106) LAROMBIÈRE, L., *Théorie & pratique des obligations*, tomo 5, 1.ª ed., París [A. Durand], 1857, p. 690.

(107) CARADONNA, P., ob. cit., p. 271.

(108) El ejemplo lo hemos tomado de PASTOR, N. y COCA, I., *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código penal*, Barcelona [Atelier], 2016, p. 121.

cometer un hurto. Puede decirse, en definitiva, que la relación entre el contrato y el daño no es aquí causal, sino meramente casual.

B) DELIMITACIÓN DEL INJUSTO PENAL DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y EL INJUSTO CIVIL DE RESPONSABILIDAD SOCIETARIA

Pero vengamos al caso que realmente nos importa: cuando el administrador de una sociedad de capital lleva a cabo un hecho constitutivo de un delito de administración desleal, ¿desborda su actuación el contenido típico del contrato de administración, tal y como éste se configura en la Ley de Sociedades de Capital? ¿Cabe afirmar que el delito se ha cometido «con ocasión» del incumplimiento contractual? En otras palabras: ¿es posible deslindar ese incumplimiento del ilícito penal?

La respuesta pasa, lógicamente, por analizar la relación existente entre el «tipo penal» de administración desleal y el «tipo civil» de responsabilidad societaria, a fin de determinar si el primero sanciona una conducta distinta del segundo. En cuyo caso, podría decirse que el administrador que ha cometido el ilícito penal ha hecho algo más (grave) que infringir sus deberes contractuales para con la sociedad.

1. El delito de administración desleal se encuentra tipificado hoy en el artículo 252 del Código Penal, que fue introducido en la penúltima reforma del texto punitivo, operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (109). A diferencia del antiguo delito societario de administración fraudulenta, que sólo podía ser cometido en el ámbito de las entidades consideradas «sociedades» (en el sentido del art. 297 CP), el nuevo tipo se concibe como un delito patrimonial genérico, «que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona». Con ello se ha ampliado notablemente el ámbito de protección del ilícito, que abarca ahora todo patrimonio ajeno y no sólo el de una «sociedad constituida o en formación» (así, por ejemplo, el de un particular, un menor, una sociedad de gananciales, etc.). Dice textualmente el precepto en la parte que aquí interesa:

«Serán punibles [con las penas del delito de estafa, en su modalidad simple o agravada] los que teniendo facultades para administrar

---

(109) Uno de los objetivos de la reforma era tratar de aclarar la delimitación de los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida (§ XV del Preámbulo), que tantos quebraderos de cabeza había ocasionado en la doctrina y la jurisprudencia (*vid.*, por todos, MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, Valencia [Tirant lo Blanch], 2016, pp. 12 y ss. de la versión digital). Que esto se haya conseguido o no ya es otra cuestión (*cf.* PASTOR, N. y COCA, I., *ob. cit.*, pp. 251 y ss.).

un patrimonio ajeno [...] asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado».

Lo primero que llama la atención es la deficiente técnica legislativa empleada. Si nos fijamos, la conducta típica se describe como una «infracción de facultades», siendo así que de las facultades puede abusarse, pero lo único que pueden infringirse o incumplirse son, en puridad, los «deberes» (110). Pero sorprende asimismo la extraordinaria amplitud con la que se define el tipo penal (111). De hecho, si lo comparamos con el civil, recogido en el artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital, pudiera dar la impresión de que ambos sancionan las mismas conductas. Dice este último precepto:

«Los administradores responderán frente a la sociedad [...] del daño que causen por actos u omisiones [...] realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa».

Sustituyamos la desafortunada expresión «infracción de facultades» por la más correcta «incumplimiento de deberes» y tendremos que el tipo objetivo del injusto penal es exactamente igual al del civil: uno y otro exigen la causación de un daño al patrimonio social objetivamente imputable a una conducta que suponga el incumplimiento de los deberes inherentes al cargo de administrador. Más aún, si tenemos en cuenta que la cuantía del daño es indiferente a la hora de calificar la conducta como delito (112), cabría pensar que el

(110)  *Vid. GILI, A., «Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 y ss. CP)», en GONZÁLEZ CUS-SAC (Dir.), Comentarios a la reforma del Código penal de 2015, 2.ª ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2015, p. 739. A pesar de su mala redacción, se entiende que el injusto penal engloba dos modalidades típicas distintas: «por un lado, [e]l subtipo del abuso, en el que incurre el autor que lesiona el patrimonio disponiendo de él u obligándolo de forma jurídico-civilmente válida frente a terceros, aunque excediéndose con ello en la relación interna que le une al titular del patrimonio», y «por otro, [e]l subtipo de la infidelidad [...] en el que incurre aquel administrador que ejecuta cualquier otro acto de gestión no válido jurídico-civilmente frente a terceros, pero con consecuencias lesivas para el patrimonio administrado» (COCA, I., «La Business Judgment Rule ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal», en *La Ley*, n.º 9371, 2019, pp. 2 y 3 de 27, de la versión digital).*

(111) Crítico también JIMÉNEZ CRESPO, L. M., «El delito de administración desleal. Los administradores societarios como sujetos activos del mismo y su relación con los deberes de diligencia y lealtad», en *Lex Mercatoria*, n.º 8, 2018, p. 71.

(112) Al haber desaparecido en 2015 la diferencia entre delitos y faltas, lo único que se contempla es una rebaja en la pena si el daño no supera los cuatrocientos euros (*vid. infra* en el texto).



legislador penal se ha limitado a criminalizar todo ilícito civil cometido por el administrador: ya fuera desleal o negligente, cualquier infracción contractual que causase un perjuicio patrimonial a la sociedad, llevaría aparejada, junto a la obligación de reparar el daño, una pena de prisión de seis meses a seis años (o multa de uno a tres meses, si la cuantía del perjuicio no excediese los cuatrocientos euros). Se daría, con ello, la paradoja de que dos conductas, como son el incumplimiento de los deberes de diligencia y lealtad, que desde un punto de vista civil reciben un tratamiento jurídico diferente –sancionándose con mayor rigor el fraude que la negligencia– estarían sujetas al mismo castigo penal.

2. Pero esta conclusión sería precipitada. En realidad, el delito de administración desleal se limita al castigo de aquellas conductas que incorporan un mayor desvalor por atentar más gravemente contra el bien jurídico protegido (113), si bien esta reducción del tipo no se aprecia tanto en sus elementos objetivos, cuanto en su parte subjetiva (114). No hay que olvidar que el Código penal actual, a diferencia de los Códigos anteriores al de 1995, acoge un sistema de tipificación cerrada y excepcional de la imprudencia, en virtud del cual sólo se castigan los hechos dolosos, salvo que expresamente se sancione la comisión imprudente (art. 12 CP). Así pues, el delito de administración desleal exige *dolo* (aunque sea suficiente el dolo eventual), con lo que la pena se circunscribe a aquellos administradores que actúen con el conocimiento y la intención de infringir los deberes propios de su cargo y *de lesionar el patrimonio social* (o que lo hagan asumiendo, al menos, como probable que su conducta conculca esos deberes y es apta para producir el resultado típico) (115). De este modo, quedarían sin sanción penal:

---

(113) La mayor parte de la doctrina penalista considera que el delito de administración desleal guarda una relación de «accesoriedad relativa o asimétrica» respecto del ilícito civil, lo que significa que la antijuridicidad mercantil es condición necesaria pero no suficiente para afirmar la tipicidad penal, ya que para ello haría falta un segundo juicio de antijuridicidad estrictamente penal, «que opera[ría] como tamiz para filtrar aquellas infracciones del Derecho societario lo suficientemente graves como para merecer adicionalmente el reproche penal» (*vid.* COCA, I., *ob. cit.*, pp. 12 y ss. de la versión digital, quien, no obstante, discrepa de esta posición dominante).

(114) Conforme JIMÉNEZ CRESPO, L. M., *ob. cit.*, pp. 73 y ss.

(115) Por claridad expositiva, la conducta del administrador se describe, de aquí en adelante, en términos de dolo directo, pero no hay que olvidar que el delito de administración desleal no presenta en nuestro sistema ninguna especialidad en el tipo subjetivo (por el contrario, los tribunales alemanes sostienen un concepto restrictivo de dolo al interpretar el § 266 *StGB*, que tiende a restringir el tipo, excluyendo los supuestos de dolo eventual, *vid.* PASTOR, N. y COCA, I., *ob. cit.*, pp. 187 y ss.).

i) todas aquellas conductas amparadas por la regla de la discrecionalidad empresarial (*business judgment rule*), puesto que, en estos casos, no cabe apreciar siquiera el incumplimiento del deber de diligencia (116);

ii) las infracciones no intencionales del deber de diligencia (lo que equivaldría, en el ámbito penal, a una «imprudencia inconsciente») (v. gr. el consejero no acudió a la reunión en la que se adoptó el acuerdo lesivo porque apuntó mal la cita), e incluso las infracciones intencionales de este deber cuando el administrador no se hubiera representado como probable el perjuicio para la sociedad (esto es, hubiera actuado con «imprudencia consciente») (v. gr. el consejero no acudió a la reunión por pereza, pero confiando plenamente en que no se alcanzaría la mayoría suficiente para adoptar el acuerdo lesivo);

iii) y, en los mismos términos –esto es, mediando imprudencia consciente o inconsciente–, sería también impune la infracción de las obligaciones básicas en las que se concreta el deber de lealtad (arts. 228 y 229 LSC), con lo que sería penalmente irresponsable (sin perjuicio de la obligación de reparar el daño causado) el administrador que revelase un secreto convencido de que se trataba de una información de dominio público, y aun aquél que se lo reveló en la intimidad a un pariente cercano, a sabiendas de que era una información confidencial, pero en la firme creencia de que ello nunca ocasionaría un perjuicio a la sociedad.

3. Podemos concluir, en consecuencia, que el delito de administración desleal no sanciona cualquier inobservancia de los deberes asumidos por el administrador que sea idónea para lesionar el patrimonio social, sino únicamente las más graves: aquellas que vengan calificadas por el conocimiento y la voluntad de causar un perjuicio a la sociedad administrada. La infracción penal va más allá, por tanto, de un mero incumplimiento consciente de los deberes contractuales. Pero ello no significa, en modo alguno, que la conducta delictuosa del administrador rebase el contenido típico del contrato, precisamente porque el deber de no dañar de manera consciente e intencionada a la sociedad, mediante un abuso de facultades, forma parte de ese conte-

---

(116) Cfr., sin embargo, COCA, I., ob. cit., *passim* (espec. pp. 13 y ss. de la versión digital). Dejamos conscientemente a un lado el debate acerca de si la *business judgment rule* actúa como «puerto seguro» para los administradores, o como simple presunción de cumplimiento del estándar de diligencia (*vid.* sobre el tema y por todos ALFARO, J., «Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial», en JUSTE (coord.) *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, 1.ª ed., Cizur Menor (Navarra) [Civitas – Thomson Reuters], 2015, pp. 327 y ss.).

nido típico; se trata, en concreto, de la manifestación más básica o elemental del *deber de lealtad o buena fe* (art. 227 LSC). Dicho en otros términos: *el administrador que comete un delito de administración desleal infringe siempre, al mismo tiempo, el contrato que le une con la sociedad*. Por lo que no cabe afirmar que el delito se cometa aquí «con ocasión» de un incumplimiento contractual, sino que *el delito consiste, cabalmente, en una infracción (grave) del contrato*.

La diferencia con el caso del cuidador que maltrata al enfermo o del administrador que se lleva el cuadro de la sala de juntas es clara: nadie pacta con un enfermero que éste no aproveche la ocasión que le brinda el contrato para vejar o lesionar a la persona que se dejó a su cargo, como tampoco contrata nadie a un administrador para que no le hurte ciertos enseres. Estas obligaciones –no lesionar de forma intencionada, no robar un cuadro– no se pactan de forma expresa, ni pueden entenderse incluidas entre los deberes que típicamente asume el deudor de una prestación de servicios, por la sencilla razón de que desbordan las expectativas contractuales normales de las partes. Y por eso mismo, resultaría forzado considerarlas prestaciones accesorias (o «de seguridad») derivadas del uso o de la buena fe (art. 1258 CC). En estos supuestos, el daño es tan extracontractual como lo sería el padecido por el inquilino al que su casero atropella por la calle, dado que la relación entre el incumplimiento del contrato y el perjuicio ocasionado no va más allá de una simple casualidad. Pero con el administrador que se comporta de un modo desleal sucede todo lo contrario. Por virtud del contrato que le une a la sociedad, éste asume la facultad de gestionar un patrimonio ajeno y de hacerlo, además, con un amplio margen de discrecionalidad (art. 209 LSC). De ahí que uno de los contenidos básicos del contrato de administración sea precisamente regular el deber de lealtad del administrador, esto es, la obligación de este último de procurar el mejor interés de la sociedad en todo momento, anteponiéndolo a cualesquiera otros intereses y, muy en particular, a los suyos propios (art. 227 LSC). Y no hay mayor infracción de este deber que ocasionar un daño al patrimonio social de una forma consciente y voluntaria, excediéndose en el ejercicio de sus facultades. En una palabra: *la comisión de un delito de administración desleal no es otra cosa que un incumplimiento (particularmente grave) del contrato de administración*.

4. El tipo del artículo 252 del Código Penal presupone, pues, la violación consciente y voluntaria de los deberes asumidos por el administrador mediante la celebración del correspondiente contrato con la sociedad [básicamente el deber de diligencia (art. 225 LSC) y las obligaciones básicas en las que se concreta el deber de fidelidad

(arts. 228 y 229 LSC)]. Con lo cual *el delito es inconcebible si la conducta del administrador no supone una infracción contractual*. Pero es que, además, *el incumplimiento voluntario de esos deberes con la intención de causar un daño a la sociedad supone, a su vez, una clara vulneración del deber contractual general de lealtad*, entendido como la obligación de desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad (art. 227.1 LSC).

### III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ADMINISTRADOR QUE COMETE UN DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL HA DE REGIRSE POR LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL. ALGUNAS CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE ESTA CONCLUSIÓN

1. Todo lo anterior viene a confirmar que la responsabilidad civil en la que incurre el administrador que lleva a cabo un acto calificado como delito de administración desleal no es sino una *responsabilidad de naturaleza (societaria o) contractual* (117). Se trata, en concreto, de la *responsabilidad por incumplimiento del contrato de administración, cuyos presupuestos, contenido y extensión regulan los artículos 236 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital* (118). Desde una

---

(117) La posibilidad teórica de una «responsabilidad contractual derivada del delito» es aceptada, entre nosotros, por YZQUIERDO, M., *Responsabilidad civil*, ob. cit., p. 117, quien no ve impedimento alguno en el artículo 1092 del Código civil, ya que este precepto ordenaría al juez aplicar las normas de Derecho civil contenidas en el Código penal sólo cuando lo que «derivase» del delito fuese una responsabilidad de carácter extracontractual. *Vid.* también DE LA OLIVA, A., ob. cit., p. 253; BLANCO, J. J., *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en Derecho sustantivo español*, Madrid [Dykinson], 1996, pp. 112 a 114; SÁINZ-CANTERO, M. B., *La reparación del daño ex delicto*, Granada [Comares], 1997, pp. 75 a 88 y LLERA, E., «La responsabilidad civil y el proceso penal: los contenidos posibles de la acción de responsabilidad civil “ex delicto”», en MÁRQUEZ DE PRADO (dir.), *Responsabilidad civil «ex delicto»*, Cuadernos de Derecho Judicial, vol. XVI, 2004, pp. 49 y ss., *passim*. En Francia, *vid.* MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A., ob. cit., n.º 202, pp. 253 y 254, criticando la doctrina tradicional, que postulaba la existencia de una excepción al principio del *non-cumul* (*vid. supra* la nota 103 y el texto correspondiente).

(118) Que los jueces de lo penal deban aplicar normas extrapenales cuando se hallen investidos de competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad civil (*ex art. 112 LECrim.*) es algo que no debería suscitar mayor perplejidad. Y es que, como bien dice YZQUIERDO, M., «Justicia penal y derecho civil “light”», en *El Notario del siglo XXI*, n.º 85, 2019, p. 84, «el Derecho civil que deben conocer los jueces y los

perspectiva estrictamente civil, el hecho de que la conducta esté sancionada penalmente no muta la naturaleza de la responsabilidad. Quiere esto decir que, si el día de mañana el legislador decidiese suprimir el delito de administración desleal, la realización de las conductas que hoy en día aparecen sancionadas por el artículo 252 del Código penal fundamentarían, sin género de duda, el ejercicio de una «acción social» de responsabilidad y no de una acción *ex* artículo 1902 del Código civil.

2. Llegados a este punto, resta tan sólo analizar algunas de las consecuencias ligadas a esta calificación de la responsabilidad civil derivada del delito de administración desleal como responsabilidad contractual de carácter societario.

*i) Los pactos de renuncia de acciones que se incluyen en los contratos de compraventa de participaciones de control, ¿alcanzan a la responsabilidad civil derivada de delito? Confiamos en haber podido demostrar que, aun cuando la conducta del administrador sea constitutiva de delito, la sociedad dañada es titular de una única pretensión indemnizatoria que no tiene su origen en el ilícito penal (*supra* II.1), sino en el daño causado, que es, además, un daño de naturaleza estrictamente contractual (*supra* II.2). Por consiguiente, los actos de disposición sobre dicha pretensión han de regirse por las normas que regulan el contrato de administración contenidas en la Ley de Sociedades de Capital y que atribuyen a los socios la competencia exclusiva para renunciar o transigir (art. 238.2). Así pues, el adquirente de una participación mayoritaria en el capital social que renuncia a ejercitar acciones de responsabilidad frente a los administradores salientes se obliga, en todo caso, a votar en contra del ejercicio de la acción social de responsabilidad o a favor de una renuncia, incluso si los hechos son constitutivos de un delito de administración desleal. Más aún, cuando el comprador pasa a ser titular de todas las acciones o participaciones, su renuncia equivale a la de la sociedad, la cual no podrá actuar con éxito frente al administrador o administradores responsables, aunque estos hubieran sido declarados penalmente responsables. Teniendo esto en cuenta, la solución al caso enjuiciado por la sentencia del Tri-*

---

fiscales y las acusaciones particulares al articular la pretensión civil adherida a la penal no se agota en los veintiséis artículos de Derecho civil que contienen los artículos 109 a 122 CP». De hecho, el juez penal habrá de recurrir a la Ley de Sociedades de Capital en otros supuestos, como, por ejemplo, a la hora de declarar la nulidad de un acuerdo de junta que aprueba unas cuentas falseadas (art. 290 CP) o que se impuso de manera (criminalmente) abusiva (art. 291 CP) (*vid.* nuevamente YZQUIERDO, M., *últ. ob. cit.*, pp. 86 y 87 y, del mismo, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid [Dykinson], 2019, pp. 545 y 546).

bunal Supremo de 28 de junio de 2018 (*supra* I.2) debió haber sido muy distinta: el compromiso del socio italiano de no ejercitar ningún tipo de acciones de responsabilidad frente al antiguo administrador debió equipararse a una renuncia de la sociedad y, por tanto, el Tribunal debió haber desestimado la pretensión civil.

ii) ¿Es necesario el acuerdo favorable de la junta para exigir la responsabilidad civil derivada de delito? El ejercicio de la acción social de responsabilidad requiere el previo acuerdo de la junta general [arts. 160, letra b), y 238.1 LSC]. Pero cuando la responsabilidad civil es consecuencia de unos hechos tipificados como delito cabría entender exceptuado este requisito sobre la base de que la competencia para el ejercicio de la acción penal recae exclusivamente en el órgano de administración (*ex art. 209 LSC*) y de que, una vez entablada la acción penal, se presume utilizada también la civil, a no ser que medie una *renuncia o reserva expresa* (art. 112 LECrim). Ahora bien, esta regla está pensada, lógicamente, para los supuestos normales, en los que la decisión acerca del ejercicio de la acción penal recae en el mismo sujeto competente para entablar la acción civil. Cosa que no sucede en nuestro caso. Por eso, no parece descabellado plantear una reducción teleológica de su alcance que permita cohonestar la competencia del órgano de administración en relación con la acción penal con la propia de la junta para entablar la acción social de responsabilidad. La solución pasaría por entender que, en aquellos supuestos en los que los administradores presenten la querrela por delito de administración desleal sin contar con el consentimiento de los socios, *la sociedad se habría reservado (tácitamente) la acción social* para su posterior ejercicio ante la jurisdicción civil.

iii) ¿Puede la minoría exigir la responsabilidad civil derivada del delito? La Ley de Sociedades de Capital atribuye a los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social (o el tres, si se trata de una sociedad cotizada) la legitimación extraordinaria para ejercitar la acción social de responsabilidad frente a los administradores. Legitimación que, a nuestro juicio, mantienen, aunque los hechos hubieran sido constitutivos de delito. El problema será, si acaso, coordinar esta legitimación de la minoría con la de la propia sociedad en el marco del procedimiento penal. A este respecto, cabe hacer las siguientes observaciones:

a) En el caso de que la sociedad hubiera presentado la querrela por administración desleal sin recabar el acuerdo de la junta, habrá que entender que ha habido una reserva (tácita) de la acción social de responsabilidad [*supra* ii)]. Por tanto, una vez concluido el procedimiento penal, la minoría podría entablarla directamente –puesto que

los hechos denunciados serán constitutivos, en todo caso, de una infracción del deber de lealtad (art. 239.1, párrafo segundo, LSC)—, sin perjuicio de los efectos que la sentencia penal pudiera desplegar en el posterior litigio civil.

b) Por el contrario, si la sociedad hubiera optado por constituirse en parte civil mediante el correspondiente acuerdo de la junta, no habría mayor inconveniente en que la minoría interviniera en el procedimiento penal personándose como parte civil junto con la sociedad (art. 13 LEC) (119).

iv) ¿Cómo se determina la responsabilidad civil en el seno de los órganos de administración colegiados en los supuestos de coautoría y participación *en el delito*? Si todos los miembros del órgano de administración fuesen condenados como coautores de un delito de administración desleal (*v.gr.* todos votaron a favor del acuerdo lesivo), llegaría a la misma solución aplicando el Código penal (art. 116.2) y la Ley de Sociedades de Capital (art. 237), ya que ambos textos establecen una responsabilidad solidaria en estos supuestos. Pero la cuestión sería distinta si algunos consejeros fuesen condenados como autores y otros como simples cómplices. Imagínense, por ejemplo, que el presidente del consejo anima de manera informal a los demás consejeros a adoptar el acuerdo, pero, percatándose de que existe una mayoría favorable a su aprobación, decide finalmente votar en contra. Bajo esta hipótesis, los consejeros que votaron a favor del acuerdo deberían ser condenados como coautores, mientras que el presidente podría responder a título de cómplice (por haber reforzado psicológicamente una decisión preexistente) (120). Pues bien, si aplicáramos el Código penal en este caso los consejeros responderían solidariamente entre sí por sus cuotas, en tanto que el presidente lo haría sólo con carácter subsidiario (art. 116.2). No obstante, la solución correcta sería afirmar la responsabilidad solidaria de todos ellos, en aplicación de la norma establecida en el artículo 237 de la Ley de Sociedades de Capital.

v) ¿Cuál es el plazo de prescripción de la responsabilidad civil derivada de delito de administración desleal? Conforme al artículo 241 bis de la Ley de Sociedades de Capital, la acción social de responsabilidad prescribe a los cuatro años a contar desde el día en que hubiera podido ejercitarse, esto es, desde el momento en que concurren los pre-

---

(119) Sobre la facultad de la minoría de intervenir en el proceso iniciado por la sociedad, *vid.*, en general, GANDÍA, E., *ob. cit.*, pp. 424 a 439 y nota 291 de esta última página.

(120) *Vid.* PASTOR, N. y COCA, I., *ob. cit.*, pp. 178 y 179.

supuestos de la responsabilidad (acción u omisión antijurídica, daño y relación de causalidad) y la sociedad tiene conocimiento cabal de los mismos (121). Y éste es, desde luego, el plazo que ha de aplicarse también cuando los hechos son constitutivos de delito, con independencia de que, si la pretensión civil se ejercita en el proceso penal, la prescripción quede interrumpida (arts. 112 LECrim y 1973 CC) o meramente suspendida si la sociedad opta por reservársela para su posterior ejercicio ante la jurisdicción civil (arts. 111 y 114 LECrim).

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS (\*)

- ALBANESE, B., voz «Illecito (storia)», en *Enc. dir.*, vol. XX, Milán [Giuffrè], 1970.
- ALFARO, J., «Artículo 226. Protección de la discrecionalidad empresarial», en JUSTE (coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, 1.ª ed., Cizur Menor (Navarra) [Civitas – Thomson Reuters], 2015.
- ANTÓN ONECA, J., «Historia del Código penal de 1822», en *ADPCP*, 1965, pp. 263 a 278.
- ARNAIZ, A., *Las partes civiles en el proceso penal*, Valencia [Tirant lo Blanch], 2006.
- BENTHAM, J., *Tratados de legislación civil y penal*, trad. al castellano, con comentarios, por SALAS, R., tomo II, Madrid [Imp. de D. Fermín Villalpando], 1821.
- BEXON, S. J., *Application de la théorie de la législation pénale, ou Code de la sureté publique et particulière*, París [Courcier], 1807.
- BLANCO, J. J., *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extra-contractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en Derecho sustantivo español*, Madrid [Dykinson], 1996.
- BÖHMNERI, J. H., *Doctrina de actionibus ad praxin hodiernam et novissimam ordinationem processus electoralis saxonici accomodata*, ed. Frankfurt am Main [Ex Officina Buchneriana], 1756.
- BONNET, E., «Responsabilité délictuelle et contrat», en *Revue critique de législation et jurisprudence*, 1912, pp. 418 a 437 (disponible en <https://gallica.bnf.fr/>).
- BRUN, A., *Rapports et Domaines des Responsabilités Contractuelle et Délictuelle*, París [Recueil Sirey], 1931.

---

(121) Vid. MASSAGUER, J., «Artículo 241 bis. Prescripción de las acciones de responsabilidad», en JUSTE (Coord.), *Comentario*, ob. cit., p. 484.

(\*) Todas las obras anteriores al siglo XIX han sido consultadas en versión digital. Las francesas están disponibles en la base de datos *online* de la *Bibliothèque Nationale de France (Gallica)* (<https://gallica.bnf.fr/>) y al resto puede accederse libremente a través de la herramienta *Google books* (<https://books.google.es/>).



- BUISSON, E., «Un jurisconsulte vosgien: Scipion Bexon, sa vie et ses œuvres», en *Annales de la Société d'émulation du département des Vosges*, LXVII<sup>e</sup> Année, 1891, pp. 81 a 144.
- CANDIL, F., «Observaciones sobre la intervención de Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código penal de 1848», en *ADPCP*, 1975, pp. 405 a 441.
- CANNATA, C. A., «Sul testo della *lex Aquilia*: premesse e ricostruzione del primo capo», en *SDHI*, n.º 58, 1992, pp. 194 a 214.
- «Considerazioni sul testo e la portata originaria del secondo capo della *lex Aquilia*», en *Index*, n.º 22, 1994, pp. 151 a 162.
- CARADONNA, P., «Concorso di colpa contrattuale ed extracontrattuale», en *Riv. dir. comm.*, 1922, I, pp. 261 a 277.
- CARBASSE, J. M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, París [Presses Universitaires de France], 2000.
- CARRASCO, A., «Comentario al art. 1101», en ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo XV, vol. 1, Madrid [Edersa], 1989.
- CASABÓ, J. R., *El Código penal de 1822*, Valencia [Tesis doctoral – Universidad de Valencia], 1968 (hemos podido consultar esta obra gracias al servicio de préstamo interbibliotecario de la Universidad de Valencia).
- CAVANILLAS, S. y TAPIA, I., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid [Centro de Estudios Ramón Areces], 1992.
- CERAMI, P., «La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio», en VACCA (coord.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Turín [Giappichelli], 1995.
- COCA, I., «La *Business Judgment Rule* ante la determinación del riesgo permitido en el delito de administración desleal», en *La Ley*, n.º 9371, 2019 (consultado en versión digital).
- CURSI, M. F., *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Nápoles [Jovene], 2010.
- DE ÁNGEL, R., en SIERRA (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, tomo I, 2.ª ed., Barcelona [Bosch], 2008.
- DE CASTRO, F., «La cuestión foral y el Derecho civil», en *ADC*, 1949, pp. 1003 a 1046.
- DE LA OLIVA, A., *Derecho procesal penal*, 8.ª ed., Madrid [Centro de Estudios Ramón Areces], 2007.
- DEMOGUE, R., *Traité des obligations en général*, París [Librairie Arthur Rousseau], 1925 (disponible en <https://gallica.bnf.fr/>).
- DESCAMPS, O., *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, París [LGDJ], 2005.
- DESCHEEMAËKER, E., *The Division of Wrongs. A Historical Comparative Study*, Oxford [Oxford University Press], 2009.
- DÍAZ ALABART, S., «La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela», en *ADC*, 1987, pp. 795 a 894.
- DÍAZ MORENO, A., «Decisiones del socio único (art. 15)», en ROJO/BELTRÁN (Dir.), *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, tomo I, Cizur Menor (Navarra) [Civitas – Thomson Reuters], 2011.

- DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho de daños*, Madrid [Civitas], 1999.
- DOMAT, J., *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 2.<sup>a</sup> ed., tomo II, París [Jean Baptiste Coignard], 1696.
- *Le droit public, suite des loix civiles dans leur ordre naturel*, nouvelle édition, tomo II, Luxemburgo [André Chevalier], 1702.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual: análisis de sus fronteras», en AA.VV., *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Murcia [Universidad de Murcia], 2011.
- ESPIÑO JIMÉNEZ, F. M., voz «José María Calatrava Peinado», en REAL ACADEMIA DE LA HISTORIA, *Diccionario Biográfico electrónico* (en red, <http://dbe.rah.es/>).
- FENET, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tomo II, París [Videcoq], 1836.
- FONT SERRA, E., «Reflexiones sobre la responsabilidad civil en el proceso penal», en *RJC*, n.º 4, 1988, pp. 939 a 950.
- GÁLVEZ, A., *El delito de administración desleal (artículo 252 del Código Penal) en el ámbito de las sociedades de capital*, Madrid [Dykinson], 2019.
- GANDÍA, E., *La renuncia a la acción social de responsabilidad*, Cizur Menor (Navarra) [Civitas – Thomson Reuters], 2017.
- GARCÍA GOYENA, F., y AGUIRRE, J., *Febrero, ó Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, Madrid [Boix], s.f. pero 1841.
- GARCÍA-PABLOS, A., «La responsabilidad civil derivada del delito y su controvertida naturaleza», en ZAFFARONI (Coord.), *De las penas: homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*, Buenos Aires [Depalma], 1997.
- GAWELIK, K., *Sources de la codification pénale à la lumière des observations des tribunaux sur le projet de Code criminel de l'an IX*, dos tomos, Lille [Tesis doctoral – Universidad de Lille II], 2002.
- GIL ESTELLÉS, C., *La responsabilidad civil derivada de la penal en la Doctrina y en la Legislación*, Valencia [Publicaciones de la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación], s.f. pero ca. 1949.
- GILI, A., «Administración desleal genérica. Incidencia en la apropiación indebida y otras figuras delictivas (arts. 252 y ss. CP)», en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, 2.<sup>a</sup> ed., Valencia [Tirant lo Blanch], 2015.
- GÓMEZ CALLE, E., «Comentario a la STS de 27 de septiembre de 1990», en *CCJC*, n.º 24, 1990, pp. 1023 a 1032.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M., *Elementos del Derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica*, tomo III, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid [Imp. de Sánchez], 1855.
- GÓMEZ ORBANEJA, E., «La acción civil de delito», en *RDP*, n.º 384, 1949, pp. 185 a 216.
- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, tomo 2, vol. 1, Barcelona [Bosch], 1951.
- GONZÁLEZ RUS, J. J., «El artículo 444 del Código penal y el régimen general de la responsabilidad civil derivada del delito», en *ADPCP*, 1979, pp. 381 a 426.

- GROTIJ, H., *De iure belli ac pacis libri tres*, ed. Ámsterdam [Apud Ioannem Blaeu], 1651.
- GULLÓN, A., *Curso de derecho civil: contratos en especial, responsabilidad extracontractual*, Madrid [Tecnos], 1968.
- GUTIÉRREZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tomo V, Madrid [Lib. de Sánchez], 1869 (ed. facsímil, Madrid [Lex Nova], 1998).
- HEINECCIUS, J. G., *Elementa iuris naturae et Gentium*, ed. Halle [Orphanotropheum], 1738.
- HORTAL, J. C., «La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo», en *InDret*, n.º 4, 2014.
- JIMÉNEZ CRESPO, L. M., «El delito de administración desleal. Los administradores societarios como sujetos activos del mismo y su relación con los deberes de diligencia y lealtad», en *Lex Mercatoria*, n.º 8, 2018, pp. 65 a 77.
- JORGE BARREIRO, Agustín, «Reflexiones sobre la regulación de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el vigente Código penal español», en EMBID/MIQUEL/MORALES MORENO (Dir.), *Estudios jurídicos. Liber amicorum en honor a Jorge Caffarena*, Madrid [Colegio de Registradores], 2017.
- JOSSERAND, L., *Cours de Droit civil positif français*, tomo II, 3.ª ed., París [Recueil Sirey], 1939.
- KUPISCH, B., «La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale», en VACCA (coord.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Turín [Giappichelli], 1995.
- LALOU, H., *La responsabilité civile*, 1.ª ed., París [Librairie Dalloz], 1928 (disponible en <https://gallica.bnf.fr/>).
- LAROMBIÈRE, L., *Théorie & pratique des obligations*, tomo 5, 1.ª ed., París [A. Durand], 1857.
- LASSO, J. F., *Crónica de la codificación española*, tomo 4, vol. 1 y tomo 5, vols. I y II, Madrid [Ministerio de Justicia], 1970.
- LAURENT, F., *Principes de droit civil*, 1.ª ed., Bruselas [Bruylant-Christophe & Comp.] – París [A. Durand & Pedone Lauriel], tomo 16 (1875) y tomo 20 (1876).
- LLERA, E., «La responsabilidad civil y el proceso penal: los contenidos posibles de la acción de responsabilidad civil “*ex delicto*”», en MÁRQUEZ DE PRADO (Dir.), *Responsabilidad civil «ex delicto»*, Cuadernos de Derecho Judicial, vol. XVI, 2004, pp. 49 a 99.
- MARTÍN DE BALMASEDA, F., *Decretos del Rey Don Fernando VII*, Madrid [Imp. Real], tomos primero (1816) y séptimo (1824).
- MARTÍN RÍOS, M. P., «La responsabilidad civil derivada del delito a la luz de las últimas reformas legales», en *Justicia*, núms. 1 y 2, 2004, pp. 291 a 325.
- *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal: una aproximación victimológica*, Madrid [La Ley], 2007.
- MARTINE, E. N., *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, París [LGLJ], 1957.
- MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, Valencia [Tirant lo Blanch], 2016 (consultado en versión digital).

- MASSAGUER, J., «Artículo 241 bis. Prescripción de las acciones de responsabilidad», en JUSTE (Coord.), *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo (Ley 31/2014)*, 1.ª ed., Cizur Menor (Navarra) [Civitas – Thomson Reuters], 2015.
- MASSETTO, G. P., voz «Responsabilità extracontrattuale (dir. interm.)», en *Enc. dir.*, vol. 39, Milán [Giuffrè], 1988.
- MAZEAUD, H. y L. y TUNC, A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tomo primero, 6.ª ed., París [Montchrestien], 1965.
- MORENO MOCHOLI, M., «La responsabilidad civil por culpa extracontractual, y la penal por el delito o falta de daños por imprudencia», en *RDP*, núms. 400 y 401, 1950, pp. 633 a 646.
- NAVARRO, I. A. y VEIGA, A. B., *Derecho de daños*, Cizur Menor (Navarra) [Civitas – Thomson Reuters], 2013.
- PACHECO, J. F., *El Código penal concordado y comentado*, tomo I, 1.ª ed., Madrid [Imp. de D. Santiago Saunague], 1848.
- PANTALEÓN, F., «Comentario al art. 1902», en PAZ-ARES (*et al.*) (Dir.), *Comentario del Código civil*, tomo II, Madrid [Ministerio de Justicia], 1991.
- «“Perseverare diabolicum” (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?)», en *Jueces para la democracia*, n.º 19, 1993, pp. 6 a 10.
- Comentarios a las SSTs de 28 de enero, 10 de marzo, 27 de mayo, 25 de junio y 7 de julio de 1983 (en *CCJC*, 1983, n.º 1, pp. 103 a 116; n.º 2, pp. 447 a 458 y 617 a 629; n.º 3, pp. 789 a 799 y 825 a 836), de 13 de julio de 1984 (en *CCJC*, 1984, n.º 6, pp. 1953 a 1964), de 6 de mayo de 1985 (en *CCJC*, 1985, n.º 8, pp. 2609 a 2624) y de 1 de julio de 1986 (en *CCJC*, 1986, n.º 12, pp. 3883 a 3915).
- PASTOR, N. y COCA, I., *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código penal*, Barcelona [Atelier], 2016.
- POTHIER, R. J., *Traité des obligations*, en SIFFREIN (ed.), *Œuvres de Pothier*, nouvelle édition, tomo primero, París [Chez l'Éditeur], 1821.
- Coutume d'Orléans*, en DUPIN (ed.), *Œuvres de Pothier*, nouvelle édition, tomo segundo, París [Bechet Ainé], 1824.
- QUINTANO, A., «La “acción tercera” o “cuasi criminal”, propia de la llamada responsabilidad civil dimanante de delito», en *RDP*, n.º 357, 1946, pp. 935 a 942.
- «Antijuridicidad civil y penal en el evento jurídico de “daño”», en *RDP*, n.º 391, 1949, pp. 868 a 877.
- «Responsabilidades civiles “ex delicto” y “ex lege”», en *ADC*, 1963, pp. 631 a 640.
- QUINTERO, G., «La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil», en QUINTERO (*et al.*), *La responsabilidad civil «ex delicto»*, Cizur Menor (Navarra) [Aranzadi], 2002.
- «La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea», en MÁRQUEZ DE PRADO (dir.), *Responsabilidad civil «ex delicto»*, Madrid [Consejo General del Poder Judicial], 2004.
- RAMÍREZ, Pedro, J., *La desventura de la libertad*, Madrid [La Esfera de los Libros], 2014.

- RANJARD, Y., *La responsabilité civile dans Domat*, París [Tesis doctoral – Université de Paris], 1943.
- REYES MONTERREAL, J. M., *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, 3.ª ed., Madrid [Gráficas Menor], 1958.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., «Responsabilidad civil derivada de delito o falta y culpa extracontractual», en AA.VV., *Libro homenaje a Jaime Guasp*, Granada [Comares], 1984.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «La limitación internacional de la responsabilidad del naviero y la responsabilidad civil *ex delicto*», en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo III, Madrid [Civitas], 1996.
- ROIG, T., *La reparación del daño causado por el delito (Aspectos civiles y penales)*, Valencia [Tirant lo Blanch], 2000.
- ROJO, A., «José Bonaparte (1808-1813) y la legislación mercantil e industrial española» en *RDM*, núms. 143-144, 1977, pp. 121 a 182.
- «El ejercicio por la sociedad de la acción social de responsabilidad contra los administradores», en JUSTE/ESPÍN (Coords.), *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital. Liber amicorum Fernando Rodríguez Artigas y Gaudencio Esteban Velasco*, Cizur Menor (Navarra) [Thomson Reuters – Aranzadi], 2017.
- ROSSETTI, G., *'Poena' e 'rei persecutio' nell'actio ex lege aquilia*, Nápoles [Jovene], 2013.
- ROTONDI, G., «Dalla "Lex Aquilia" all'art. 1151 Cod. Civ.», 1.ª parte, en *Riv. dir. comm.*, 1916, I, pp. 942 a 970.
- «Dalla "Lex Aquilia" all'art. 1151 Cod. Civ.», 2.ª parte, en *Riv. dir. comm.*, 1917, I, pp. 236 a 295.
- «Teorie postclassiche sull' "actio legis Aquiliae"», en ID., *Scritti giuridici*, vol. 2, Milán [Hoepli], 1922.
- ROXIN, C., «La reparación en el sistema jurídico-penal de sanciones», en *CCJPJ*, n.º 8, 1991, pp. 19 a 30.
- SÁINZ-CANTERO, M. B., *La reparación del daño ex delicto*, Granada [Comares], 1997.
- SILVA MELERO, V., «El problema de la responsabilidad civil en el Derecho penal», en *RGLJ*, 1950, pp. 635 a 669.
- «En torno a las consecuencias civiles del delito», en *RDP*, 1966, pp. 1065 a 1072.
- TERRÉ, F. (et al.), *Droit civil. Les obligations*, 12.ª ed., París [Dalloz], 2019.
- TORRES AGUILAR, M., *Génesis parlamentaria del Código penal de 1822*, Mesina [Sicania], 2008.
- VALDITARA, G., *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milán [Giuffrè], 1992.
- «Dall'aestimatio rei all'id quod interest nell'applicazione della *condemnatio aquiliana*», en VACCA (coord.), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Turín [Giappichelli], 1995.
- «Dalla *lex Aquilia* all'art. 2043 del Codice civile», en *Seminarios complutenses de Derecho romano*, vol. XV, 2003, pp. 247 a 307.
- VINEY, G. y JOURDAIN, P., *Les conditions de la responsabilité*, en GHESTIN (dir.), *Traité de Droit Civil*, 3.ª ed., París [LGDJ], 2006.

- VIZMANOS, T. M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C., *Comentarios al nuevo Código penal*, Madrid [González y Vicente], 1848 (consultado a través de la *Biblioteca Digital Hispánica*, de la Biblioteca Nacional de España, disponible en la dirección: <http://bdh.bne.es>).
- WILLEMS, J., «Essai sur la responsabilité édictée par les articles 1382-1386 du code civil», *Revue générale du Droit*, tomo XIX, 1895, pp. 110 a 150.
- YZQUIERDO, M., «El perturbador artículo 1092 del Código civil: cien años de errores», en AA.VV., *Centenario del Código civil (1889-1989)*, Madrid [Centro de Estudios Ramón Areces], 1990.
- «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación», en *RCDI*, n.º 603, 1991, pp. 443 a 490.
- *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid [Reus], 1993.
- «Justicia penal y derecho civil “light”», en *El Notario del siglo XXI*, n.º 85, 2019, pp. 84 a 90.
- *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general*, 5.ª ed., Madrid [Dykinson], 2019.
- ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford [Oxford University Press], 1996.

# Sobre la marginación político-criminal de la solidaridad: crítica y algunas vías de solución

ALBERT ESTRADA I CUADRAS

Doctor en Derecho. Investigador Juan de la Cierva  
Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

*El modelo dominante de omisiones penalmente relevantes solamente distingue entre omisiones equivalentes a la causación activa (comisión por omisión) y omisiones cuyo desvalor consiste en la vulneración de un deber general de solidaridad (omisión pura simple). Este modelo incurre en incoherencias valorativas por infra- y sobreinclusión. Para evitarlas, es preciso distinguir un tercer tipo de comportamiento, consistente en la vulneración de un deber cualificado de solidaridad (omisiones puras de garante o de gravedad intermedia). Sin embargo, esta distinción no ha conseguido permear suficientemente en nuestra comunidad jurídica. Esta situación choca con la importancia de la solidaridad, tanto desde una perspectiva biológica como desde el punto de vista de las bases éticas de nuestra sociedad. En este trabajo se proponen vías de solución tanto de lege lata como de lege ferenda.*

*Palabras clave: comisión por omisión, omisión pura, omisión de gravedad intermedia, garante, solidaridad, coherencia valorativa.*

## ABSTRACT

*The normative models that only distinguish between two types of crimes of omission, the ones that are equivalent to the causation of the harm (commission by omission) and those whose blameworthiness consists in the violation of a duty to aid a third person (bad Samaritan laws), are inconsistent. They over-punish some behaviours and under-punish others. To avoid these inconsistencies, it is necessary to distinguish a third kind of omissions: those committed by people with a qualified duty to aid. However, neither the academics, the courts nor the legislature have taken deeply*

*into account this distinction, although it is at odds with our most common ethical values and with cornerstone biological findings. In this paper the author offers some solutions, de lege lata and de lege ferenda, to confer due treatment to this third kind of omissions.*

**Keywords:** *crime of omission, commission by omission, bad Samaritan laws, duty to rescue, mutual aid, normative consistency.*

SUMARIO: I. El modelo tripartito de omisiones penalmente relevantes.–II. Acogida del modelo tripartito en la comunidad jurídica.–III. Estado de la cuestión en el Derecho comparado.–IV. Crítica a la marginación.–V. Algunas vías de solución: 1. Soluciones *de lege lata*; 2. Soluciones *de lege ferenda*.–VI. Conclusiones.–VII. Bibliografía.

## I. EL MODELO TRIPARTITO DE OMISIONES PENALMENTE RELEVANTES

Históricamente, los modelos manejados en nuestro entorno jurídico-cultural en materia de omisiones penalmente relevantes han sido, por lo general, de carácter bipartito. Se ha venido distinguiendo entre las omisiones equivalentes a la causación activa del resultado típico (de lesión o peligro), denominadas «comisiones por omisión», y las omisiones puras, basadas en la infracción de un deber de solidaridad (1).

A mediados de los años ochenta, entre la doctrina española se empezó a defender la tesis de que era necesario tener en cuenta una ulterior distinción entre las omisiones puras (2). Sobre la base de la entidad del deber de solidaridad infringido, se propuso diferenciar entre omisiones puras *simples* y omisiones puras *de garante*. Las primeras consisten en la infracción de un deber general (intersubjetivo)

(1) Por todos, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, 9.<sup>a</sup> ed., 1985, pp. 368 y ss., 383 y ss. Sin embargo, CUELLO CALÓN menciona la propuesta de TRAEGER de graduar la penalidad de las comisiones por omisión en proporción «a la significación social del deber de impedir el resultado»: *Derecho penal. Parte general*, t. I., vol. I, 18.<sup>a</sup> ed., 1980, p. 349. Con todo, el autor recurre a una exposición bipartita de las omisiones penalmente relevantes.

(2) SILVA SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, 1986.



de solidaridad. Las segundas en la vulneración de uno cualificado, derivado de la posición de responsabilidad especial respecto del bien jurídico afectado o de la fuente de peligro que lo ha lesionado o puesto en peligro. Esta clase de omisiones han sido denominadas «omisiones de garante» u «omisiones de gravedad intermedia» por parte del principal valedor de la distinción: Silva Sánchez (3).

Al respecto conviene realizar algunas precisiones. El injusto penal se basa, o bien en la infracción de un **deber de no lesionar** (deber negativo), o bien en la infracción de un **deber de solidaridad** (deber positivo). El *deber negativo* es la contrapartida de un ejercicio pleno de libertad. El *deber positivo* se fundamenta en un ejercicio de libertad disminuida (asunción genérica, injerencia (4) imprudente, creación de riesgos especiales) o en el desempeño de un rol institucional (relación paterno-filial, matrimonio, ejercicio de una función pública, etc.). La medida del deber positivo se determina en función del grado de libertad ejercida o en función de la entidad de los deberes institucionales vulnerados. Ello permite distinguir, por lo menos, entre deberes de solidaridad cualificada (omisiones puras de garante) y deberes de solidaridad mínima (omisiones puras simples). Estos últimos se basan en un ejercicio de libertad casi imperceptible, como el mero hecho de vivir en sociedad y/o beneficiarse de la existencia de instituciones públicas (5).

De la mano de esta tripartición se ponen en evidencia los problemas de infra- y sobreinclusión que presentan los modelos bipartitos.

Si se adopta una concepción rigurosa de la equivalencia entre acción y omisión, que exija identidad normativo-estructural entre ellas, las omisiones de garante se ven abocadas a la impunidad o a la infrapunición. A menos que exista un tipo específico de omisión pura de garante, lo cual es del todo excepcional en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno jurídico-cultural, esta clase de omisiones tan solo se pueden sancionar con las penas asignadas a los tipos de infracción de un deber general de solidaridad, siempre y cuando sean subsu-

(3) SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2.ª ed., 2003, pp. 422 y ss., 467 y ss.

(4) Considera a la injerencia imprudente un supuesto de vulneración de un deber cualificado de solidaridad, SILVA SÁNCHEZ, «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», en Schünemann *et al.* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, pp. 641 y ss.

(5) Al respecto, véanse COCA VILA, «La legítima defensa frente a las omisiones», *ADPCP* (69), 2016, p. 101 y ss.; EL MISMO, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 288-306; ROBLES PLANAS, «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», *InDret* (4), 2013; SILVA SÁNCHEZ, «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código penal», en AA. VV., *Problemas específicos de aplicación del Código penal. Manuales de formación continuada* (4) del CGPJ, 1999, pp. 153 y ss., 155 y ss.

mibles en alguno de ellos. Las concepciones bipartitas rigurosas con la equivalencia desconocen por completo este grupo de problemas (6).

Quienes parten de una concepción laxa de la equivalencia entre acción y omisión, contentándose con que el desvalor de la omisión sea *próximo* al de la causación activa del resultado típico o, simplemente, prescindiendo de una identidad normativo-estructural entre una y otra, incurrían en evidentes errores de sobreinclusión. La tendencia natural de estas posturas es la de calificar como «comisión por omisión» omisiones de garante que no equivalen a la causación activa del resultado lesivo y que, por tanto, no merecen ser sancionadas con las penas previstas por la infracción del deber de no lesionar. La pena justa para esta clase de omisiones es una de gravedad intermedia, entre las penas previstas por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y las previstas por la infracción de un deber general de solidaridad.

En efecto, si se quiere equiparar una omisión a la causación activa de un resultado típico tanto en el plano del significado jurídico-penal de la conducta como en el penológico, lo coherente es exigir que la omisión sea *idéntica* a la comisión activa. Descartada la posibilidad de encontrar criterios de identidad en el terreno de lo ontológico (7), la única vía transitable se encuentra en el campo de lo normativo-estructural (8).

La calificación de «comisión por omisión» debe reservarse, por tanto, a las omisiones que presenten una estructura idéntica, desde una perspectiva normativa, a la causación activa del resultado típico. Desde tal perspectiva, la estructura del injusto por comisión activa se caracteriza por el *dominio* sobre el fundamento del resultado. Expresado de forma más actual, el injusto de comisión activa consiste en la arrogación de una esfera de organización ajena. Siendo esto así, la omisión equivalente a la acción será aquella que presente la misma estructura de dominio o de injerencia en una esfera de organización ajena (9). Ello ocurre cuando el sujeto que omite ha asumido previamente el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de los concretos riesgos que acechan a un determinado bien jurídico.

(6) Al respecto véase SCHÜNEMANN, exponente de una visión bipartita rotundamente rigurosa en materia de equivalencia: *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009 (1971).

(7) SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2.ª ed., 2003, pp. 25-198; A. KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, 2.ª ed., 2006 (1980), pp. 273 y ss.; SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009 (1971), pp. 37 y ss., 90, 277 y ss.

(8) SILVA SÁNCHEZ, *FS-Roxin*, 2001, pp. 642 y s.

(9) SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009 (1971), pp. 275 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *FS-Roxin*, 2001, p. 643.

Cuando la asunción de tal compromiso da lugar a una relajación de las medidas de protección adoptadas por el titular del bien jurídico o por terceros responsables de su indemnidad (o de la contención de las fuentes de peligro que pueden lesionarlo), el sujeto posee un dominio sobre el fundamento del resultado típico idéntico al dominio ostentado por quien dirige un curso causal (10).

Este planteamiento se fundamenta en el binomio «libertad de organización – responsabilidad por las consecuencias». La imputación del resultado lesivo se basa en el ejercicio previo y *fuerte* de la autonomía (11) por parte del sujeto que omite.

Lo dicho supone negar la identidad a las omisiones de aquellos que, por cargar con un *deber institucional* o por haber realizado un acto previo de *asunción u organización débil*, ocupan en el momento del hecho una posición de responsabilidad cualificada respecto del bien jurídico afectado o de la fuente de peligro que lo ha desestabilizado. El ingreso en una institución (matrimonio, función pública, etc.) y el posterior incumplimiento de los deberes inherentes al rol no son, por sí mismos, equivalentes a la organización de la lesión (o puesta en peligro) del bien jurídico. Cuestión distinta es que, en el desempeño del rol, se haya asumido el compromiso, expreso o tácito, de actuar a modo de barrera de contención de riesgos. En este caso sí que cabría hablar de equivalencia, pero el fundamento no sería la vulneración del deber institucional, sino el ejercicio de la autonomía mediante la asunción previa del compromiso de evitar el resultado.

Tampoco cabe hablar de identidad en los supuestos de asunción u organización débil (*asunción genérica o indeterminada*). No es preciso que la asunción sea expresa para imputar de forma legítima el resultado lesivo, pero sí es necesario que el contenido y alcance del ejercicio de libertad sea claro. Solo así cabe establecer una relación de sentido entre el resultado lesivo y el ejercicio de autonomía.

Como ejemplo de organización débil se puede mencionar la *injerencia imprudente*. En estos casos es evidente que la relación del sujeto con el riesgo no forma parte de las consecuencias abarcadas por un acto de organización planificado (la asunción), sino que es el fruto de una organización defectuosa. El ejercicio de libertad subyacente es claramente inferior al que late tras el dominio actual del curso causal

---

(10) SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2.<sup>a</sup> ed., 2003, pp. 462 y ss.

(11) Sobre la gradualidad del ejercicio de libertad y, en consecuencia, de los deberes que de tal ejercicio se derivan, véase COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 288 y ss.

lesivo, independientemente de cuál sea la representación subjetiva del sujeto activo respecto del resultado una vez generado el peligro.

Con mayor razón debe negarse la identidad cuando la relación del omitente con el riesgo se basa en el hecho de beneficiarse de la concreta actividad generadora del riesgo, desarrollada de modo estrictamente conforme a Derecho (grupo de casos también conocido como de «creación de *riesgos especiales*»). Así, por ejemplo, los supuestos de responsabilidad del fabricante por el producto comercializado de forma lícita que, posteriormente y de forma sobrevenida, se revela dañino. La creación *fortuita* (no culpable) del riesgo que, posteriormente, se realiza en el resultado no constituye expresión de sentido alguna a la que se pueda imputar un resultado lesivo.

Todas estas circunstancias (desempeño de un rol institucional, asunción débil, organización defectuosa, riesgos especiales) pueden, no obstante, fundamentar una posición de responsabilidad cualificada respecto del bien jurídico en cuestión o respecto de las fuentes de peligro capaces de acecharlo. No evitar el resultado lesivo desde esta posición puede constituir una omisión de gravedad intermedia penalmente relevante, pero no la imputación del resultado, como si se hubiese causado activamente.

## II. ACOGIDA DEL MODELO TRIPARTITO EN LA COMUNIDAD JURÍDICA

En la doctrina española, la distinción entre comisión por omisión, omisiones puras simples y omisiones puras de garante ha sido acogida por un buen número de autores (12), con mayor o menor repercusión para sus propuestas jurídico-dogmáticas. Entre ellos se cuentan auto-

---

(12) Sin ánimo de exhaustividad: MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 5.ª ed., 2016, pp. 292 y ss.; MORENO TORRES-HERRERA, «Lección 15: Los delitos de omisión», en Zugaldía Espinar (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., 2016, pp. 207 y ss.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Artículo 11», en Gómez-Tomillo Rodrigo (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal. Parte general*, t. I, 2015, p. 144; GÓMEZ-TOMILLO RODRIGO, «Artículo 195», en Gómez-Tomillo R., (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal. Parte general*, t. I, 2015, p. 633 y ss.; MORALES PRATS, «Artículo 11», en Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, t. I, 7.ª ed., 2016; GARCÍA ALBERO, «De la omisión del deber de socorro», en Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, t. I, 7.ª ed., 2016. Defiende con vehemencia el modelo de la tripartición, GRACIA MARTÍN, «Los delitos de comisión por omisión», en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 414, 448 y ss. Entre los discípulos de Silva Sánchez, acogen y desarro-

rizados monografistas (13). En Alemania, varias voces de referencia han defendido la necesidad de distinguir niveles de gravedad intermedia entre las omisiones equivalentes a la acción y las omisiones puras simples (14).

Sin embargo, en destacadas obras de la manualística jurídico-penal española se siguen desconociendo los graves déficits de coherencia valorativa inherentes a un modelo bipartito de las omisiones penalmente relevantes (15).

En lo que atañe a la *praxis* jurisprudencial, no parece que se haya reflexionado sobre la necesidad de distinguir entre las tres formas de omisión que se vienen comentando. Las referencias de la Sala segunda del Tribunal Supremo al concepto de «omisión pura de garante» son de carácter estrictamente nominal, sin entrar en ulteriores consideraciones de carácter sistemático-valorativo (16).

Así las cosas, no es difícil encontrar resoluciones de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en las que se califican de comisión por omisión supuestos de hecho que, de acuerdo con las premisas de las que aquí se parte, deberían ser considerados omisiones puras de garante. Ejemplo paradigmático es la Sentencia n.º 537/2005, de 25 de abril, p. Granados Pérez (caso *Ardystil*), en la que se conoce el caso de un inspector de trabajo que, a raíz de una denuncia por contratación irregular de trabajadores, realiza una visita en un centro de trabajo en el que se empleaban métodos de producción nocivos para la salud de los trabajadores. En la visita, el inspector no realizó ningún tipo de inspección sobre las condiciones de seguridad y salud de los asalariados. El Tribunal Supremo le imputa la muerte de varios trabajadores por no haber actuado de oficio. El funcionario es condenado por una falta de imprudencia simple con resultado de muerte a una pena de multa, de acuerdo con lo previsto en el artículo 586 bis del antiguo Código penal de 1973.

---

Ilan sus tesis: COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016; ROBLES PLANAS, *InDret* (4), 2013.

(13) DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006.

(14) ROXIN, *AT II*, 2003, § 31 nm. 238, nota al pie 279; SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009 (1971), p. 363 y ss.; SEELMANN, «§ 13», en Wassermann (ed.), *Alternativkommentar zum Strafgesetzbuch*, 1990, nms. 17, 69, 116.

(15) MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento penal práctico*, 2018, nm. 1455 y ss.; 9728 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., 2016, pp. 313 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., 2019, pp. 224 y ss.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., 1999, pp. 383 y ss.

(16) Al respecto véase, por ejemplo, la STS n.º 601/2013, de 11 de julio, p. Berdugo Gómez de la Torre.

Más recientemente, cabe destacar la STS n.º 135/2018, de 21 de marzo, p. Marchena Gómez, en la que se condena por un delito de homicidio por imprudencia grave, según lo previsto en el art. 142.1 del Código penal, al hermano conviviente de una señora desvalida que muere postrada en su cama, lo que se habría podido evitar solicitando asistencia médica. El hermano no adoptó esta medida, omisión que el Tribunal considera equivalente a causar la muerte de la anciana. Pese a que el hermano fue a vivir con su hermana como consecuencia de haberse divorciado de su esposa, no con la intención de cuidarla, el Tribunal Supremo le imputa la muerte por el hecho de ser su hermano y convivir con ella:

«El artículo 143 del Código Civil impone a los hermanos el deber de prestarse “... los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable” a quien se encuentra en situación de necesidad.

Pues bien, la conclusión acerca de la posición de garante del acusado puede obtenerse a partir de cualquiera de las concepciones que tratan de explicar la verdadera fuente de atribución de este carácter. En efecto, desde la perspectiva de la teoría formal del deber jurídico, cobra pleno significado el precepto antes mencionado, que impone a los hermanos el deber de ayudarse cuando se encuentren en una situación de necesidad. Pero desde otra perspectiva, esa posición de garante puede aunarse a la específica función de protección del bien jurídico afectado que asumió el recurrente en el momento en el que su hermana, con la que convivía desde hacía dos años, ya no estaba en condiciones de determinarse y decidir el desenlace de sus padecimientos».

Como es obvio, la mera convivencia con una persona cuya salud evoluciona de forma desfavorable no constituye un acto de asunción de su protección. Estamos, más bien, ante una conducta insoportablemente insolidaria.

Tanto en este caso como en el anterior, la trascendencia de calificar estas conductas erróneamente de comisión por omisión se ve atenuada por el hecho de que a quien omite la conducta esperada se le imputa el delito de resultado en su modalidad imprudente, lo que se traduce en una pena que, desde un punto de vista valorativo, o bien se aproxima a la que le correspondería en tanto que omisión pura de garante, o bien resulta más baja pero, en todo caso, favorable a reo.

Ahora bien, que el tratamiento penológico acabe siendo más o menos aceptable desde una perspectiva material no puede soslayar el riesgo de que un uso impreciso y a la ligera de las construcciones jurídico-dogmáticas dé lugar a injusticias materiales en otros supuestos, ya sean de estructura análoga o diferente, pues el deterioro de las

construcciones conceptuales acaba contaminando siempre otros grupos de casos (17).

Un ejemplo especialmente oportuno de ello lo ofrece la Sentencia dictada por la Sala segunda en el asunto *Madrid Arena* (STS n.º 805/2017, de 11 de diciembre, p. Sánchez Melgar). El Tribunal condena al responsable del servicio médico del evento por un delito de homicidio por imprudencia profesional grave. Se le impone la pena de un año y medio de prisión y cuatro de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, con arreglo al art. 142.1 y 3. del Código penal. Los hechos consisten en que, al llegar las víctimas de los aplastamientos al servicio médico del evento, el facultativo responsable, «lejos de actuar con rapidez y hacer todo lo que estaba a su alcance, (...) no realizó un correcto diagnóstico a Carina Julia [una de las víctimas], ni comprobó si se encontraba en situación de parada cardiorrespiratoria, ni le practicó una adecuada reanimación cardiopulmonar para intentar que se recuperara». En los hechos probados, confirmados íntegramente por la Sala segunda, consta, asimismo, que no había resultado acreditado que, «en el supuesto de que les hubieran prestado una asistencia correcta [a las jóvenes, entre ellas Carina Julia], las fallecidas hubieran podido salvar su vida».

El caso planteó un amargo dilema a los tribunales enjuiciadores: o bien absolver al médico, puesto que la tentativa imprudente no es punible, o bien condenarlo por homicidio imprudente, al precio de renunciar a las teorías de la imputación objetiva más garantistas y optar, por el contrario, por la más desfavorable al reo, a saber, la teoría del aumento (disminución, en los supuestos de omisión) del riesgo (18). La Audiencia Provincial de Madrid optó por la primera alternativa: renunciar al castigo y preservar la vigencia del sistema de garantías jurídico-penales, entre las que se cuentan las trabajadas categorías jurídico-dogmáticas de la teoría del delito. La Sala de lo penal del Tribunal Supremo optó por sancionar la repugnante actuación del médico, a costa de los principios de legalidad y presunción de inocen-

---

(17) Sobre la función social de una buena dogmática, véase PANTALEÓN DÍAZ, «La utilidad de una buena dogmática para una buena jurisprudencia (y viceversa)», *Libertas* (7), 2018, pp 103-120.

(18) Sobre la teoría de la imputación objetiva del resultado, y en contra de la teoría del aumento (disminución, en la omisión) del riesgo, FRISCH, *La imputación objetiva del resultado*, 2015, pp. 87 y ss., pp. 94-99. A favor de la teoría del aumento (disminución, en la omisión) del riesgo GIMBERNAT ORDEIG, *El comportamiento alternativo conforme a Derecho: de la causalidad a la imputación objetiva*, 2017. Avala la solución de la Sala segunda del Tribunal Supremo BOLEA BARDÓN, «La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad», *InDret Penal* (4), 2018, pp. 1-25 y 17-20.

cia, pues, tal y como expone en su extraordinario voto particular el Magistrado Sr. Jorge Barreiro, la concepción manejada por la Sala segunda de la teoría del incremento (disminución, en los casos de omisión) del riesgo convierte, *de facto*, los delitos de resultado en delitos de mero peligro:

«[a]l admitir la opinión mayoritaria esa imputación, convierte de facto un delito de resultado en un delito de mero riesgo, desbordando los límites del tipo penal con la interpretación distorsionadora que se hace del mismo con fines de política criminal, interpretación que entra en conflicto con las exigencias que impone la legalidad penal y con los criterios dogmáticos aplicables a un delito de resultado» (extracto del voto particular del Magistrado Sr. Alberto Jorge Barreiro en la STS n.º 805/2017).

Sin embargo, el dilema se podría eludir de forma valorativa y jurídico-dogmáticamente satisfactoria si se asumiera el modelo tripartito de omisiones penalmente relevantes aquí defendido. De acuerdo con los postulados de este modelo, se puede concluir que la conducta del responsable del servicio médico no fue constitutiva de una comisión por omisión, pues no cabe afirmar la equivalencia entre su omisión y la causación activa de la muerte de la joven. Con arreglo al modelo tripartito, estamos ante una omisión pura de garante (19) que, como es sabido, para ser punible no precisa del juicio de imputación objetiva del resultado en sentido estricto (juicio *ex post*), sino simplemente de un juicio *ex ante* de necesidad e idoneidad de la prestación exigida para evitar el resultado lesivo (20). La laguna de punibilidad no pasó desapercibida en el voto particular del Magistrado Sr. Jorge Barreiro:

«Es muy posible que esta modalidad de supuestos de negligencia médica esté demandando en la práctica la creación de un tipo penal de riesgo sin necesidad de que se pruebe que éste se materialice en el resultado, para resolver por esa vía los casos límite que se suscitan debido a las dificultades que presentan las pruebas periciales. Sin embargo, la inexistencia de una norma de esa índole no debe ser solventada con criterios jurídicos que desactivan de forma severa el «*in dubio pro reo*» y trastocan y distorsionan las categorías dogmáticas básicas del tipo penal imprudente, convirtiendo de facto los tipos penales de resultado en delitos de riesgo».

---

(19) En esta misma línea, sobre la posición del médico de urgencias, véase SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009 (1971), pp. 402-403.

(20) En Alemania, en relación con el tipo homólogo al previsto en el art. 195 Cp, véase, por todos, Schö/Schrö-STERNBERG-LIEBEN/HECKER, «§ 323c», 30.ª ed., 2019, nm. 1.



El hecho de que ninguna de las acusaciones formulara acusación por un delito de denegación de la asistencia médica (artículo 196 CP), uno de los pocos delitos de omisión pura de garante expresamente tipificados, se explica, probablemente, por la escasa atención prestada por los operadores jurídicos a los postulados del modelo tripartito.

En la otra cara de la moneda están los casos de graves vulneraciones de deberes de solidaridad que, a lo sumo, provocan la incoación de un procedimiento penal, que por regla general acaba archivándose. Se está pensando, por ejemplo, en los supuestos de acoso a menores que, pese a las (reiteradas) denuncias de los padres de las víctimas a los responsables del centro escolar, encuentran una tímida respuesta por parte de estos. Pese al indudable deber de velar por la integridad de todos los alumnos que pesa sobre los tutores y la dirección del centro (art. 91 de la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación; art. 1903 Cc), a día de hoy las condenas penales por la infracción de tales deberes son excepcionales, si acaso existe alguna. Lo cual contrasta con la lamentable frecuencia con la que se producen estas agresiones, así como con el considerable número de casos en los que los adultos que deberían garantizar la integridad de los menores reaccionan de forma insuficiente (21).

Resulta también sorprendente que, en algunas ciudades, los límites de contaminación legalmente previstos se superen sistemáticamente, sin que las autoridades municipales tomen medidas adecuadas para reducirlos y, pese a ello, no incurran en ningún tipo de responsabilidad jurídica (así, por ejemplo, véase el AAP Madrid n.º 26/2007, de 19 de enero, p. García Llamas). Tampoco es muy comprensible que en el año 2009, en plena crisis bancaria y financiera, se comercializaran alrededor de 12.960 millones de euros en participaciones preferentes (un producto financiero altamente complejo), que la Comisión Nacional del Mercado de Valores, encargada de velar por la protección de los inversores (arts. 24 y ss., 67 y ss., Directiva 2014/65/UE – *MiFiD II*; art. 17 RDLeg 4/2015, de 23 de octubre), no adoptara las medidas necesarias y a su alcance para evitar que estos instrumentos acabaran en manos de miles de personas que no los entendían y que, a pesar de ello, los responsables de la CNMV no hayan incurrido en ningún tipo de responsabilidad jurídica (AAN de 17/05/2018, p. Andreu Merelles).

Probablemente en ninguno de estos casos proceda imputar, en comisión por omisión, los resultados lesivos (lesiones, perjuicios

---

(21) Sobre el estado de la cuestión respecto de este grupo de casos, véase BOLEA BARDÓN, «Posiciones de garante frente al acoso escolar», *InDret* (4), 2017, pp. 1-29.

patrimoniales) a los infractores de los deberes positivos mencionados. No obstante, tampoco parece valorativamente coherente que la infracción de estos deberes se deje impune. Entre otras razones porque, en sede de comisión activa, se sancionan conductas mucho menos graves, como por ejemplo la apropiación indebida de cosa perdida (art. 254 Cp; véase, por ejemplo, la SAP Valladolid n.º 209/2018, de 16 de octubre, en la que se condena a dos sujetos por apropiarse de un teléfono móvil extraviado).

Con todo, en el Ordenamiento Jurídico español el mayor escollo para la punición de las omisiones de forma coherente y en su justa medida lo representa el Derecho positivo. A diferencia del § 13 del Código penal alemán (StGB, en adelante), precepto en el que se prevé una cláusula general de equivalencia entre la omisión y la comisión activa de un delito de resultado, el artículo 11 del Código penal español –el homólogo del precepto alemán– no incluye ninguna cláusula de atenuación facultativa (u obligatoria) de las penas a imponer por la conducta omisiva.

Esto, unido al hecho de que en España la tipificación penal de omisiones de gravedad intermedia es absolutamente excepcional, sienta las bases para que las omisiones de garante, o bien queden injustamente *impunes*, o bien se castiguen en *exceso*, calificándolas de «comisiones por omisión», cuando en realidad no lo son. Otra opción es que se *infra*-sancionen, condenando al garante omitente por un delito de infracción de un deber general de solidaridad.

### III. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

La situación no es radicalmente mejor en nuestro entorno jurídico-cultural más próximo. Al menos en lo que respecta a Inglaterra y Alemania.

La no punición de la omisión general de socorro es una de las señas de identidad de los anglosajones. Ello sin perjuicio de que, por vía jurisprudencial (*Common Law*), se admita la imputación de un delito de lesión (o peligro) a una conducta omisiva y de que, por su parte, el legislador haya tipificado algunas omisiones puras de garante (22).

(22) ASHWORTH, «Die Rettungspflicht im englischen Recht: Sinnvolle Einschränkungen oder “Island Mentality”?», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (dirs.), *Solidarität und Strafrecht*, 2013, pp. 115 y ss.; THE LAW COMMISSION, *A Criminal Code for England and Wales*, 1989, vol. 2, pp. 186 y ss.

En Alemania, la criminalización de la insolidaridad es más amplia, en el sentido de que abarca más grupos de conductas, entre las que se incluye la omisión del deber general de socorro (§ 323c StGB). El tratamiento político-criminal de la insolidaridad en Alemania es bastante parecido al que se le confiere en España. Existe, no obstante, una importante disparidad: la configuración de la cláusula general de equivalencia entre acciones y omisiones, prevista en el § 13 StGB. A diferencia del artículo 11 Cp, el precepto alemán no exige estricta identidad entre acción y omisión para imputar a la segunda un tipo de causación activa de un resultado. Se parte de la premisa de que, a menudo, el contenido de injusto de la no evitación de un resultado típico por parte del garante es menor que el desvalor inherente a la organización activa de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (23). En coherencia con ello, se faculta al Juez o Tribunal para que atenúe las correspondientes penas.

Dejando por ahora de lado la conveniencia de regular el castigo de las omisiones de gravedad intermedia a través de una cláusula general referida a los tipos de lesión o puesta en peligro de la Parte Especial del Código penal (véase *infra* V.2.iv)), lo cierto es que la solución alemana ofrece la posibilidad de conferir un trato gradual y consistente a las omisiones penalmente relevantes. Las distinciones y graduaciones defendidas por SILVA SÁNCHEZ podrían guiar la aplicación del § 13(2) StGB a tal fin (24).

Salvo algunas excepciones (25), la interpretación y aplicación mayoritaria de este precepto no se ha basado en tales consideraciones. La atenuación se ha vinculado al menor contenido de injusto o culpabilidad de la conducta del sujeto obligado, pero las razones por las que se entiende que la omisión presenta un menor contenido de injusto o culpabilidad no se han basado en la entidad de los deberes institucionales vulnerados por el omitente o en el grado de libertad ejercida de la que trae causa su posición de garante.

Las razones por las que el contenido de injusto de la omisión se ha venido considerando inferior son, por ejemplo, la circunstancia de que

---

(23) Informe de la Comisión Especial para la reforma del Código penal alemán, *Bundestag Drucksache V/4095*, p. 8. Por todos, WEIGEND, «§ 13», en CIRENER *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 13.<sup>a</sup> ed., 2020, vol. I, nms. 98-102.

(24) Así lo manifiesta Claus ROXIN en su manual: *AT II*, 2003, § 32 nm. 238 nota al pie 279.

(25) En su día defendió una graduación de la penalidad de la comisión por omisión en proporción a la entidad de la posición de garante ocupada por el omitente, TRAEGER, citado por CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte general*, t. I., vol. I, 18.<sup>a</sup> ed., 1980, p. 349.

en ella no se presenten determinados medios comisivos previstos por la descripción típica, característicos de la realización del tipo mediante causación activa (26) (la denominada «teoría de la equivalencia en la modalidad») (27), o el hecho de que el mandato que subyace al tipo penal normalmente implica una alteración de los planes de vida del obligado mayor y más duradera que la que implica una prohibición (28). Por lo que se refiere al contenido de culpabilidad, es habitual sostener que en la omisión es menor cuando la acción prescrita implica riesgos para el obligado o cuando el cumplimiento del mandato entraña cierto esfuerzo o dificultad (29).

Aparte están los autores que se oponen a la atenuación facultativa de la pena, por entender que la comisión por omisión no puede presentar, *caeteris paribus*, un menor contenido de injusto o culpabilidad que la comisión activa (30).

En los últimos años son cada vez más los autores alemanes que de forma explícita o implícita justifican la aminoración de la pena en la entidad del deber de garante infringido por el omitente. Lo sostiene con absoluta claridad Frister (31). Lo asume implícitamente Roxin cuando afirma que la injerencia constituye un ejemplo paradigmático de comisión por omisión con un contenido de injusto menor que el de la comisión activa (32). Por su parte, Jakobs sostiene que la atenuación facultativa del § 13(2) StGB tan solo está justificada para los supuestos en los que el sujeto obligado haya infringido un deber de garante derivado de una institución deteriorada (un matrimonio en proceso de separación, por ejemplo), lo que implica la posibilidad de graduar la intensidad del deber de garante (33). Freund, haciendo referencia expresa a las tesis de Silva Sánchez, critica que su propuesta se restrinja a la graduación de la pena de las omisiones penalmente relevantes. En su opinión, sus distinciones deberían integrar

(26) *Bundestag Drucksache IV/650*, p. 125. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, 5.<sup>a</sup> ed., 1996, p. 610 y ss.

(27) LERMAN, *La omisión por comisión*, 2013, p. 173.

(28) *Schö/Schrö-STREE/BOSCH*, «§ 13», 30.<sup>a</sup> ed., 2019, nm. 64, citando a LOOS (FS-Samson); ROXIN, *AT II*, 2003, § 31 nm. 239.

(29) WEIGEND, «§ 13», en CIRENER *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 13.<sup>a</sup> ed., 2020, vol. I, nms. 98-102; *Schö/Schrö-STREE/BOSCH*, «§ 13», 30.<sup>a</sup> ed., 2019, nm. 64; *NK-KARSTEN/GAEDE*, «§ 13», 5.<sup>a</sup> ed., 2017, nm. 65-66.

(30) Por todos, LERMAN, *La omisión por comisión*, 2013, pp. 169 y ss.; del mismo autor, «Die fakultative Strafmilderung für die unechten Unterlassungsdelikte», *Goltdammer's Archiv* (2), 2008, p. 78 y ss.

(31) FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.<sup>a</sup> ed., 2015, nm. 5.

(32) ROXIN, *AT II*, 2003, § 31 nm. 240.

(33) JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2.<sup>a</sup> ed., 1997 (1991), 29/125.

una dogmática de la determinación de la pena común para la omisión y la comisión activa (34).

Otra cuestión interesante en el estado de la cuestión en Alemania es la extendida opinión de que, por regla general, la atenuación no es procedente en los supuestos de comisiones por omisión imprudentes (35). Ello es muestra de que la categoría de las omisiones de gravedad intermedia y su fundamento no reciben toda la atención que merecen. Si el menor contenido de injusto se determinara en función de la entidad de los deberes institucionales vulnerados por el sujeto obligado o por el grado de libertad ejercida del que trae causa su posición de garante, las diferencias en la vertiente subjetiva del hecho no podrían impedir graduaciones del contenido de injusto objetivo.

En efecto, lo criticable del estado de la cuestión en Alemania no es tanto la deficiente coherencia valorativa en la aplicación del régimen legal previsto por parte de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, como que ello se deba a una persistente falta de atención por las omisiones de gravedad intermedia. El extendido convencimiento de que el castigo penal de la insolidaridad es algo excepcional ignora la necesidad de dar un tratamiento político-criminalmente coherente al enorme abanico de omisiones puras de garante comprendido entre la omisión del deber general de socorro y la comisión por omisión. En cualquier caso, el escenario es sustancialmente mejor que en España.

#### IV. CRÍTICA A LA MARGINACIÓN

El papel secundario –si no residual– de la solidaridad en la política-criminal de nuestro entorno jurídico-cultural contrasta con el importante papel desempeñado por el altruismo en sociedades como la nuestra. En la ciencia de la *biología* existen hoy pocas dudas de que la cooperación es un factor evolutivo clave para la conservación, expansión y desarrollo de las especies, incluida la raza humana (36). Desde la perspectiva *espiritual* es sabido que la solidaridad con el prójimo es un valor fundamental de la religión cristiana, cuyo importante impacto en nuestra identidad cultural y la de nuestro entorno es evi-

(34) FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3.<sup>a</sup> ed., 2019, § 6 nm. 155, p. 261.

(35) *Schö/Schrö-STREE/BOSCH*, «§ 13», 30.<sup>a</sup> ed., 2019, nm. 64; ROXIN, *AT II*, 2003, § 31 nm. 243.

(36) Pionero en defender la importancia del altruismo en la evolución de las especies fue KROPOTKIN, *Mutual aid. A factor in evolution*, 1902. GOULD, «Kropotkin was no crackpot», *Natural History* (97), *passim*.

dente. Como es sabido, toda su doctrina moral se reduce a dos mandamientos, siendo uno de ellos el de querer al prójimo como a uno mismo (37).

Ciertamente, ninguna de estas consideraciones permite justificar una *mayor* criminalización de las omisiones de gravedad intermedia. La justificación debe basarse en consideraciones jurídico-normativas. Pues bien, tanto desde la ética normativa (38) como desde la filosofía del Derecho (39), incluida la del Derecho penal (40), se considera legítimo imponer deberes generales de solidaridad en relación con bienes jurídicos fundamentales de la persona, siempre y cuando la intervención prescrita no suponga un riesgo para los bienes del obligado ni una limitación excesiva de su libertad («*duty to effect an easy rescue*»). Nadie cuestiona la constitucionalidad del artículo 195.1 del Código penal (41), como tampoco está en duda la validez del § 323c StGB (42).

Como se ha mencionado *supra*, existen países de nuestro entorno jurídico-cultural en los que no se sancionan penalmente este tipo de infracciones. Es el caso de Inglaterra y Gales, por ejemplo. Sin embargo, ninguno de los argumentos que se arguyen en contra de su criminalización son insuperables (43). Tampoco en estos países faltan voces a favor de su punición (44). En cualquier caso, incluso en Ingla-

(37) Evangelio según SAN MARCOS 12:28-32.

(38) VON DER PFORDTEN, «Zur Rechtfertigung von Hilfeleistungspflichten», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (dirs.), *Solidarität und Strafrecht*, 2013, pp. 103 y ss.

(39) WEINRIB, «The case for a duty to rescue», *The Yale Law Journal* (90), 1980, p. 247 y ss.: defiende que un deber general de socorro (factible y sin riesgo para el obligado) es compatible tanto con la tradición utilitarista como con la tradición deontológica.

(40) VON HIRSCH/SCHORSCHER, «Die Kriminalisierung der unterlassenen Hilfeleistung: Eine Frage von „Solidarität« oder Altruismus?», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (dirs.), *Solidarität und Strafrecht*, 2013, p. 77 y ss.; VARONA GÓMEZ, *Derecho penal y solidaridad*, 2005.

(41) Por todos, GARCÍA ALBERO, «De la omisión del deber de socorro», en QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, t. I, 7.<sup>a</sup> ed., 2016.

(42) Aunque, ciertamente, exista discusión sobre el fundamento de la incriminación. Por todos, *Schö/Schrö-STERBERG-LIEBEN/HECKER*, «§ 323c», 30.<sup>a</sup> ed., 2019, nm. 1.

(43) Sobre el estado de la cuestión en la doctrina anglosajona, recientemente, LEVY, «Killing, letting die and the case for mildly punishing bad samaritanism», *Georgia Law Review* (44), 2010, p. 610 y ss. Es representativo de la postura contraria a la criminalización de la omisión general de socorro en el mundo anglosajón: DRESSLER, «Some brief thoughts (mostly negative) about «bad samaritan» laws», *Santa Clara Law Review* (40), 2000, pp. 971-989.

(44) ASHWORTH, «Die Rettungspflicht im englischen Recht: Sinnvolle Einschränkungen oder „Island Mentality“?», en Von Hirsch/Neumann/Seelmann (dirs.),

terra y Gales hay consenso en que las *omisiones puras de garante* merecen ser sancionadas penalmente, tal y como, en efecto, algunas de ellas lo están.

Si no cabe duda de que el castigo penal de las omisiones puras simples es legítimo, con mayor razón deberá serlo el de las omisiones de gravedad intermedia. De ahí que resulte políticamente inaceptable mantener el actual tratamiento de la mayor parte de las omisiones puras de garante, consistente en su sobrepenalización (castigándolas como si de una comisión por omisión se tratara), en su infrapenalización (castigándolas a través de los tipos de infracción de un deber general de solidaridad) o en su impunidad.

La aciaga situación político-criminal de las omisiones puras de garante no solo se pone de manifiesto desde un análisis de la sistemática interna de las omisiones penalmente relevantes. En comparación con el tratamiento político-criminal de las conductas de comisión activa, las incoherencias valorativas también saltan a la vista. ¿Acaso tiene sentido castigar penalmente la apropiación indebida de cosa perdida (art. 254 Cp), por ejemplo, mientras se deja impune la omisión pura de un garante que habría podido evitar un fraude de miles de millones de euros (así, por ejemplo, la omisión del órgano regulador de un mercado de valores que no impide que uno de los actores del mercado comercialice fraudulentamente un determinado instrumento financiero)?

No estamos ante una mera imperfección político-criminal. Las omisiones puras de garante representan el grupo de omisiones penalmente relevantes más numeroso, con diferencia. La comisión por omisión, entendida en el sentido de estricta identidad normativo-estructural entre comisión activa y omisión, exige unas condiciones de aplicación que se presentan en un número muy limitado de casos. Asimismo, la punición de la omisión de deberes generales de solidaridad tan solo se considera legítima en relación con un reducido número de bienes jurídicos (los más importantes para la persona) y bajo unas circunstancias caracterizadas por su excepcionalidad (desamparo de la víctima) y concreción (ausencia de riesgo propio). Si se tiene en cuenta que los deberes de solidaridad son una de las dos únicas clases de deberes que pueden integrar el injusto jurídico-penal, se advierte que las carencias político-criminales aquí denunciadas afectan a una parte muy significativa del sistema de conductas penalmente relevantes.

---

*Solidarität und Strafrecht*, 2013, pp. 115 y ss., con ulteriores referencias, entre ellas la cita de Jeremy BENTHAM mostrándose abierto a un deber general de socorro (p. 125, nota 21). En los EE.UU., véase LEVY, *Georgia Law Review* (44), 2010, p. 610 y ss.

## V. ALGUNAS VÍAS DE SOLUCIÓN

Pese a la trascendencia de las deficiencias expuestas y la claridad con la que han sido puestas de relieve por los defensores del modelo tripartito, hasta lo que se alcanza ni estos autores ni otros que defiendan otras perspectivas han estudiado de forma integral o monográfica las posibles vías para resolverlas, con propuestas de solución concretas.

En lo que sigue se va a tratar de analizar algunas de las posibles vías de solución en relación con el ordenamiento jurídico-español. Por razones obvias de tiempo y espacio esta contribución no puede ir más allá de un mero esbozo provisional.

En primer lugar, se van a analizar las posibles soluciones de *lege lata* (*infra* 1.). Posteriormente se estudiarán las *de lege ferenda* (*infra* 2.). Como se verá, la mayoría de las propuestas de solución son insuficientes o problemáticas, pero seguramente varias de ellas permitirían mejorar la situación actual.

### 1. Soluciones de *lege lata*

Mediante una interpretación y aplicación del Derecho positivo más atenta a la problemática expuesta, existen, por lo menos, tres posibles vías para corregir el actual tratamiento de las omisiones de gravedad intermedia. En primer lugar, se ha propuesto aplicar los tipos de omisión pura simple con la agravante genérica que englobe la posición de garante ocupada por el sujeto que omite la conducta prescrita [*infra* i)]. En segundo lugar, existe la posibilidad de equiparar la vulneración de determinados deberes institucionales a la infracción del deber de no lesionar [*infra* ii)]. En tercer lugar, cabe interpretar el artículo 11 Cp en un sentido laxo, de modo que no se exija equivalencia normativo-estructural entre la acción y la omisión para imputar el resultado a la infracción de un deber de solidaridad cualificado, y, simultáneamente, aplicar la atenuante analógica prevista en el artículo 21.7.<sup>a</sup> Cp para los casos en los que no exista identidad entre la omisión del garante y la causación activa del resultado.

#### i) Tipos de omisión pura simple y agravantes genéricas.

Algunos de los autores que han advertido el deficiente tratamiento político-criminal de las omisiones puras de garante en el Ordenamiento Jurídico español han propuesto condenar estas conductas a través de los tipos de omisión pura simple previstos en el Código penal, junto con la aplicación de las circunstancias agravantes que puedan



dar cuenta del mayor desvalor de conducta inherente a la posición de deber especial ocupada por el sujeto que omite (45). Así, por ejemplo, quien se desentiende del grave estado de salud en el que se encuentran sus progenitores, con los que no convive y cuyo cuidado no ha asumido previamente, a pesar de que nadie más conozca su situación y de que ellos sean incapaces de pedir auxilio por su propia cuenta, debería ser condenado por un delito de omisión del deber de socorro, previsto en el art. 195.1 Cp, con aplicación de la circunstancia mixta de parentesco en sentido agravante (art. 23 Cp).

Esta vía de solución es claramente insuficiente. En primer lugar, porque no todas las omisiones puras de garante que deberían considerarse penalmente relevantes por coherencia valorativa van a ser subsumibles en los tipos de omisión pura simple previstos en el Código penal. Así, por ejemplo, estos tipos tan solo son aplicables cuando la acción prescrita no suponga un riesgo para los bienes del sujeto obligado. Esta condición de aplicación, basada en la menor capacidad obligante del deber general de solidaridad, no debería exigirse respecto de quienes ocupan determinadas posiciones de garante. En segundo lugar, es discutible que las omisiones puras de garante solamente sean penalmente relevantes respecto de los bienes jurídicos más importantes para la persona (vida, integridad física, libertad, ¿dignidad?), a los que se limita el alcance de los delitos de omisión pura simple previstos por el Código penal español (fundamentalmente arts. 195.1, 450 Cp). De nuevo, la mayor capacidad obligante del deber de solidaridad cualificado permite legitimar la criminalización de omisiones referidas a bienes jurídico-penales de menor entidad, como por ejemplo el patrimonio.

En cualquier caso, es evidente que, en defecto de otras soluciones, recurrir a esta es mejor que el mantenimiento de la situación actual. Por el momento, ni la doctrina mayoritaria ni la jurisprudencia han reparado en esta posibilidad.

ii) Equiparación entre la infracción de determinados deberes positivos y la vulneración del deber negativo.

Uno de los autores que ha expuesto de forma más clara el contenido de los deberes positivos y negativos, su papel en la configuración del injusto jurídico-penal y las implicaciones jurídico-dogmáticas de

---

(45) COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, p. 303; RUEDA MARTÍN, ¿Participación por omisión?, 2013, p. 167 y ss.; GRACIA MARTÍN, en AA. VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, p. 479.

sus diferencias es Günther Jakobs (46). Sus postulados han encontrado continuidad en las obras de sus discípulos Michael Pawlik (47) y Javier Sánchez-Vera (48), entre otros (49).

De acuerdo con esta escuela, existen deberes positivos cuya importancia para la existencia de la sociedad de referencia es tan fundamental como la observancia del deber negativo de no lesionar. De hecho, se advierte que la vigencia del deber de no lesionar presupone la existencia de determinadas instituciones positivas que aseguren su cumplimiento (50). Entre tales instituciones se cita la relación paterno-filial, el matrimonio, la confianza especial y las funciones estatales irrenunciables (la seguridad interna y externa, la previsión social elemental o la administración de Justicia bajo los principios de igualdad y legalidad, por ejemplo) (51).

Con arreglo a este planteamiento, el resultado típico no solo sería imputable a las omisiones vulneradoras del deber negativo de no lesionar, sino también a aquellas que constituyan la infracción de un deber derivado de una institución fundamental para la sociedad de referencia.

El principal problema de esta vía de solución es de carácter teórico: existen serias dudas de que un resultado lesivo (o de puesta en peligro) se pueda imputar a la infracción de un deber de solidaridad, esto es, a una conducta cuyo sentido normativo es el de *no mejorar* una posición jurídica ajena (52). A ello debe sumarse un serio problema de indefinición, reconocido por el propio JAKOBS: ¿cuáles son las instituciones irrenunciables para el mantenimiento de la identidad de la sociedad de referencia? No se han propuesto criterios precisos al respecto. Es obvio que no es tarea sencilla. Mientras no se disponga de ellos, existe un alto riesgo de que este planteamiento se traduzca en una aplicación sobreinclusiva de la comisión por omisión. A estos

---

(46) JAKOBS, «La imputación penal de la acción y de la omisión», en EL MISMO, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 2004, pp. 99 y ss.; EL MISMO, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., 1997 (1991), 29/1 y ss.

(47) PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 159 y ss.

(48) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002.

(49) En la misma línea, aunque más restrictivo, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, 2002, p. 133 y ss.

(50) JAKOBS, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 2004, p. 132; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, 186 y ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, p. 143.

(51) JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., 1997 (1991), 29/74-77.

(52) ROBLES PLANAS, *InDret* (4), 2013, *passim*. Se muestra abierto a esta posibilidad, COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 276 y ss.

problemas hay que sumarle la arraigada convicción de que, desde un punto de vista axiológico, los deberes positivos son jerárquicamente inferiores a los negativos (53).

iii) Interpretación laxa del artículo 11 Cp y aplicación de la atenuante analógica prevista en el artículo 21.7.<sup>a</sup> Cp.

La redacción del artículo 11 Cp ha sido ampliamente criticada por prestar a confusiones. Mientras el primer párrafo da pie a pensar que la imputación del resultado típico a la omisión solamente puede tener lugar en los supuestos de estricta identidad entre la causación activa y la concreta conducta omitida, el segundo párrafo abre la puerta a la imputación del resultado típico a omisiones de garante que no presenten una identidad normativo-estructural con la realización activa del tipo. Ello se basa en que, de acuerdo con la segunda parte del artículo 11 Cp, se debe equiparar la omisión a la acción cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar o cuando se haya creado un riesgo para el bien jurídico mediante un actuar precedente peligroso (injerencia). A la luz del tenor literal del artículo 11 Cp, es posible interpretar que, en estos supuestos, la omisión se debe equiparar a la acción *en todo caso*, esto es, aun cuando no exista identidad normativo-estructural entre ellas (54).

Con una interpretación laxa del artículo 11 Cp, combinada con una aplicación decidida de la atenuante analógica prevista en el art. 21.7 Cp, es posible articular una respuesta penal gradual a las omisiones penalmente relevantes.

¿Qué problemas presenta esta senda de solución? En primer lugar, se plantea la duda de si los tipos de descripción positiva (tipos que describen una conducta de comisión activa), cuyo contenido de injusto consiste en la vulneración de un deber negativo, pueden servir de base legal, en combinación con la aplicación de los artículos 11 y 21.7.<sup>a</sup> Cp, para imputar un delito de omisión pura de garante, cuyo contenido de injusto es la vulneración de un deber de solidaridad cualificado. Hasta el momento, los defensores del modelo tripartito han venido sosteniendo que las omisiones puras de garante solamente son sanciona-

---

(53) DRESSLER, *Santa Clara Law Review* (40), 2000, p. 979. Reconoce una mayor debilidad en los fundamentos de la imputación del resultado por la infracción de deberes positivos, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, 2002, pp. 76 y ss., 135 y ss.

(54) Plantean esta cuestión interpretativa, por todos, TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Artículo 11», en Gómez-Tomillo Rodrigo (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal. Parte general*, t. I, 2015, pp. 141 y s.; SILVA SÁNCHEZ, «Artículo 11», en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios al Código penal*, vol. I, 1999, p. 460.

bles con pena si están expresamente previstas por un tipo penal específico (55). En efecto, sobre esta vía de solución planea la sombra de la analogía *in malam partem*, constitucionalmente prohibida.

En segundo lugar y no menos importante, existen razones fundadas para pensar que esta solución da lugar a un ejercicio excesivo del *ius puniendi*. Es ampliamente reconocido que los mandatos suponen una mayor restricción de la libertad general de acción que las prohibiciones. Por ello, la imposición de mandatos (cuya infracción no equivale a la causación activa del resultado típico) bajo amenaza de pena debe someterse a unas condiciones de legitimación más estrictas que las exigidas para el establecimiento de prohibiciones penales (56). Las exigencias de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad deberían ser más rigurosas en estos casos.

Una posible traducción de este mayor rigor podría ser una limitación de los bienes jurídicos respecto de los cuales resulta jurídicopenalmente relevante la omisión de un garante. Otra vía de restricción podría ser la de reservar la reacción punitiva a quienes ocupan posiciones de garante de mayor intensidad (deberes de garante basados en una institución o en una asunción imperfecta –deberes de garante de mayor intensidad– frente al deber de garante basado en la creación de un riesgo especial –deber de garante de menor intensidad–, por ejemplo). Con la actual redacción del artículo 11 Cp, en combinación con la atenuante analógica del art. 21.7.<sup>a</sup> Cp, resulta difícil –aunque no imposible– dar cuenta de estas consideraciones de proporcionalidad con la precisión que sería deseable.

Aparte de los problemas expuestos, a esta vía de solución se le podría formular la misma crítica que se ha vertido contra el modelo alemán: la posibilidad de atenuar la pena genera el riesgo de que los Jueces y Tribunales sean menos rigurosos a la hora de evaluar la equivalencia entre la omisión y la comisión activa (57). El riesgo, ciertamente, existe. No obstante, si esta mayor laxitud viene acompañada de una aplicación enérgica de la atenuante analógica, los problemas materiales se aminoran: se evita castigar con las penas previstas por la comisión activa omisiones no equivalentes, al mismo tiempo que se eliminan lagunas de punibilidad. Ello podría compensar eventuales errores jurídico-dogmáticos en la aplicación de esta vía de solución, tales como el

---

(55) SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2.<sup>a</sup> ed., 2003, p. 476. En igual sentido, ROBLES PLANAS, *InDret* (4), 2013, p. 15.

(56) Por todos, véase LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, 2002, pp. 64 ss. y 133 ss.

(57) Este riesgo ha sido advertido de forma recurrente por SILVA SÁNCHEZ, *FS-Roxin*, 2001, p. 647.

de que, formalmente, se consideren «comisiones por omisión» omisiones que no guardan una identidad normativo-estructural con la acción.

## 2. Soluciones de *lege ferenda*

Con la ayuda de una reforma legislativa se atisban cuatro posibles vías de solución: la introducción de agravaciones específicas para los garantes en los tipos de omisión pura simple previstos en el Código penal [*infra* i)]; la introducción de nuevos tipos consistentes en la omisión de los deberes propios de posiciones de garantía especialmente relevantes [*infra* ii)]; la tipificación expresa de las omisiones puras de garante que se consideren penalmente relevantes [*infra* iii)]; la introducción de una cláusula general de atribución de responsabilidad por las omisiones puras de garante [*infra* iv)].

Es preciso advertir algo antes de continuar. Pese a que las mejores vías para enmendar el deficiente trato político-criminal prestado a las omisiones de gravedad intermedia pasan por la intervención del legislador, no puede obviarse que en las últimas décadas la atención que las Cortes legislativas han prestado a la academia ha sido escasa, al menos en lo que a política criminal se refiere (58). Ello constituye un serio inconveniente del que adolecen todas las propuestas que integran este grupo.

i) Introducción de agravaciones por la vulneración de deberes de garante en los tipos de omisión pura simple ya previstos en el Código penal.

En el supuesto de que se consiguiera que el legislador tome cartas en el asunto, una opción conservadora con el modelo de omisiones penalmente relevantes vigente podría ser la de introducir agravantes específicas en los tipos de omisión pura simple actualmente previstos en la Parte especial, siendo el fundamento de las agravantes la vulneración de un deber especial de evitar el resultado típico.

Sin embargo, de este modo seguirían sin recibir el debido tratamiento jurídico-penal numerosas omisiones de gravedad intermedia. Como se ha visto anteriormente, la criminalización de la infracción de deberes generales de solidaridad solamente se considera legítima respecto de bienes jurídicos esenciales de la persona (vida, integridad física, libertad), en condiciones de excepcionalidad (desamparo de la víctima) y siempre y cuando la acción prescrita no sea excesivamente

---

(58) DÍEZ RIPOLLÉS, «Un diagnóstico y algunos remedios de la política criminal española», *Revista de Estudios de la Justicia* (16), 2012, pp. 31 y ss., esp. p. 37.

gravosa para el sujeto obligado. Si se escogiera esta vía, las omisiones de garante referidas a bienes jurídicos como el patrimonio seguirían siendo atípicas, a pesar de que ello sea claramente incoherente con el actual catálogo de delitos contra el patrimonio.

ii) Tipificación de la vulneración de los deberes inherentes a determinadas posiciones de garante especialmente relevantes: el ejemplo del proyecto de art. 286, seis, Cp.

En el Proyecto de reforma del Código penal presentado por el Gobierno español al Congreso de los Diputados en torno a octubre de 2013 se incluía una novedosa figura delictiva. Se trata del tipo proyectado en el artículo 286, seis, Cp. A través de esta figura se pretendía castigar con penas menos graves (prisión de tres meses a un año o, alternativamente, multa de doce a veinticuatro meses; en todo caso, inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio) al representante legal o al administrador de hecho o de derecho de cualquier entidad «que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida».

Más allá de lo afortunada o desafortunada que se pueda considerar la configuración y redacción del concreto tipo penal proyectado, esta figura se puede tomar como ejemplo de un determinado tipo de técnica legislativa para abordar político-criminalmente las omisiones puras de garante. A saber, la que configura el tipo penal en torno a la posición funcional ocupada por el sujeto obligado. De este modo, la selección de las omisiones penalmente relevantes vendría determinada no tanto por la importancia del bien jurídico lesionado o por la entidad de la lesión, sino por la relevancia funcional de la posición ocupada por el omitente.

Si bien es evidente que la funcionalidad de la posición de garante ocupada por el omitente es un dato importante, así como lo es también la densidad de la institución en la que se encuentra inserido o el grado de libertad ejercida de la que trae causa su posición, estos factores no pueden constituir el único criterio a tener en cuenta a la hora de decidir qué omisiones de gravedad intermedia son penalmente relevantes. Razones de proporcionalidad hablan en este sentido. De hecho, si no se tiene en cuenta la entidad de la lesión o del bien jurídico lesio-

nado (59), existe el riesgo de que se condene con mayor pena la omisión pura de garante que el delito de comisión activa que no se ha evitado. De ahí que el artículo 286 seis proyectado, en su tercer párrafo, incluyera la previsión de que en ningún caso «podrá imponerse una pena más grave que la prevista para el delito que debió haber sido impedido u obstaculizado por las medidas de vigilancia y control omitidas».

La crítica es plenamente trasladable al tipo de omisión pura de garante previsto en el artículo 408 del Código penal español. En este precepto se ordena sancionar con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años a la autoridad o funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de perseguir los delitos de los que tenga noticia. Es obvio que con un marco penal tan estrecho no se puede sancionar de forma coherente y proporcionada conductas con un desvalor de tan distinta gravedad como las que son subsumibles en este tipo. Así, por ejemplo, la deliberada falta de persecución de un delito de asesinato (arts. 139, 140 Cp, delitos castigados con penas de prisión de más de quince años) no puede ser sancionada con el mismo marco penal previsto por la omisión de perseguir una falta de consideración a la autoridad (art. 556.2 Cp, delito castigado con multa de uno a tres meses).

iii) Tipificación expresa de las concretas omisiones puras de garante que se consideren penalmente relevantes.

La expresa tipificación de las concretas omisiones puras de garante que se consideran penalmente relevantes es, probablemente, la mejor de las vías de solución posibles. Al menos desde una perspectiva jurídico-dogmática. La comisión por omisión queda claramente diferenciada de las omisiones de gravedad intermedia, de modo que se reduce al mínimo el riesgo de confusión entre los operadores jurídicos y se maximiza la realización del principio de legalidad (60) (61).

Ahora bien, las ventajas teóricas de esta opción puede que no sean capaces de compensar sus carencias desde un punto de vista pragmá-

---

(59) Sobre la importancia del bien jurídico-protegido como criterio a tener en cuenta en la criminalización de las omisiones, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, 2002, p. 69, con ulteriores referencias y cita de opiniones discrepantes en nota 150.

(60) SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2.ª ed., 2003, pp. 473 y ss.; EL MISMO, FS-*Roxin*, 2001, p. 647 y s.

(61) Propone esta vía de solución para el concreto grupo de casos de agentes de la autoridad que no evitan la comisión de un determinado delito, COCA VILA, «Tirar a matar en cumplimiento de un deber», *REDPC* (19-24), 2017, p. 32.

tico: ¿es realista pensar que el legislador va a realizar la laboriosa tarea de determinar y describir en tipos penales todas y cada una de las omisiones puras de garante penalmente relevantes a la luz de los delitos de comisión activa previstos en la Parte especial del Código penal? Han pasado más de veinte años desde que se viene reivindicando una tipificación expresa de las omisiones puras de garante, sin que el legislador haya atendido lo más mínimo esta demanda, pese a la solidez de los argumentos en los que se asienta. Aparte, es dudoso que una tipificación tan casuista sea capaz de adaptarse de forma adecuada a la rápida y continua evolución de la fenomenología.

iv) Cláusula general: propuesta de un «art. 11 bis» Cp.

Por último, cabe explorar la vía andada por el legislador alemán con su § 13 StGB y su cláusula de atenuación facultativa.

Se trata de una vía fuertemente criticada, con razón. En efecto, es contradictorio establecer una cláusula de equivalencia entre la acción y la omisión y, a la vez, facultar al Juez o Tribunal para que atenúe la pena en relación con la omisión. Si se trata de modalidades comisivas equivalentes, no hay lugar para atenuación alguna (62). La contradicción se puede evitar regulando de manera explícita y específica las omisiones de gravedad intermedia, ya sea en un apartado específico del artículo 11 Cp, ya sea en un nuevo artículo «11 bis» Cp, por ejemplo. Asimismo, si la pena prevista para estas omisiones se fija tomando como referencia la pena prevista para la imputación de los resultados típicos no evitados, la atenuación no podrá ser facultativa, sino preceptiva.

Menos atendible es la crítica de corte político-criminal dirigida contra una regulación de las omisiones puras de garante a través de una cláusula general referida a los tipos de comisión activa en los que se describen los resultados no evitados. Se objeta que la posibilidad de atenuación puede fomentar una concepción laxa de la comisión por omisión por parte de Jueces y Tribunales (63). Sin embargo, si la atenuación es preceptiva, la crítica se reduce a un mero problema de etiquetas. Siendo la delimitación entre comisiones por omisión y omisiones puras de garante clara, mediante una regulación en preceptos o artículos distintos, el riesgo de sobreinclusión se debería reducir significativamente.

---

(62) La crítica en SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2.ª ed., 2003, pp. 473 y ss.

(63) SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 2.ª ed., 2003, p. 474; EL MISMO, *FS-Roxin*, 2001, p. 647.



Las consideraciones formuladas en el anterior apartado son trasladables a esta vía de solución. Una cláusula general de tipificación de las omisiones puras de garante referida a los tipos de comisión activa que describen el resultado típico no evitado no se puede hacer descansar sobre un único pilar, a saber, el de la importancia de la posición de garante ocupada por el omitente. La mayor restricción de la libertad general de acción inherente al mandato obliga a restringir la intervención penal a los actos de insolidaridad que afecten a los bienes jurídicos más importantes, así como a las lesiones de mayor entidad.

En la selección de las posiciones de garante penalmente relevantes deben operar como criterios de selección el grado de ejercicio de libertad del que traen causa o la relevancia de la institución de la que derivan. En su día, el legislador alemán descartó expresamente definir las posiciones de garante penalmente relevantes aduciendo, entre otras razones, que la cuestión no estaba suficientemente madura en la ciencia jurídico-penal (64). El estado actual de la cuestión, por lo menos en Alemania, permite ser, a día de hoy, más optimista.

## VI. CONCLUSIONES

El actual tratamiento político-criminal de las omisiones de gravedad intermedia en el ordenamiento jurídico español es valorativamente incoherente. El modelo tripartito de omisiones penalmente relevantes pone al descubierto tales deficiencias y sienta las bases para articular una solución.

La situación actual puede enmendarse tanto a través de propuestas *de lege lata* como *de lege ferenda*. Entre las primeras se cuentan: i) la aplicación de agravantes genéricas a los tipos de omisión pura; ii) la equiparación de la vulneración de determinados deberes positivos con la vulneración del deber negativo; iii) la interpretación laxa del artículo 11 Cp junto con la aplicación de la atenuante analógica prevista en el artículo 21.7.<sup>a</sup> Cp. Entre las opciones *de lege ferenda* están: i) la introducción de agravaciones por la vulneración de deberes de garante en los tipos de omisión pura simple ya previstos en la Parte especial del Código penal; ii) la tipificación de la vulneración de los deberes inherentes a determinadas posiciones de garante consideradas especialmente relevantes; iii) la tipificación expresa de las concretas omisiones puras de garante que se consideren penalmente relevantes; iv)

---

(64) *Bundestag Drucksache IV/650*, p. 125.

la introducción de una cláusula general de tipificación de las omisiones puras de garante.

No todas estas vías son satisfactorias, aunque la mayoría permitan mejorar el actual estado de la cuestión. De lo que no cabe duda es de que la problemática aquí planteada requiere una solución y que esta pasa, necesariamente, por un esfuerzo investigador y dialéctico sustancialmente mayor del que se le ha dedicado a esta cuestión hasta ahora.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ASHWORTH, «Die Rettungspflicht im englischen Recht: Sinnvolle Einschränkungen oder “Island Mentality”?», en Von Hirsch/Neumann/Seelmann (dirs.), *Solidarität und Strafrecht*, 2013, pp. 115 y ss.
- BOLEA BARDÓN, «Posiciones de garante frente al acoso escolar», *InDret* (4), 2017, pp. 1-29.
- «La responsabilidad penal del médico por omisión desde una teoría normativa de la evitabilidad», *InDret Penal* (4), 2018, pp. 1-25, pp. 17-20.
- BUNDESTAG DRUCKSACHE V/4095.
- DRUCKSACHE IV/650.
- COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 5.<sup>a</sup> ed., 1999.
- COCA VILA, «Tirar a matar en cumplimiento de un deber. Una aproximación al fundamento y límites de los deberes positivos de protección policial», *REDPC* (19-24), 2017, pp. 1-41.
- «La legítima defensa frente a las omisiones», *ADPCP* (69), 2016, pp. 75-122.
- *La colisión de deberes en Derecho penal*, 2016, pp. 288-306.
- CUELLO CALÓN *Derecho penal. Parte general*, t. I, vol. I, 18.<sup>a</sup> ed., 1980.
- DÍEZ RIPOLLÉS, «Un diagnóstico y algunos remedios de la política criminal española», *Revista de Estudios de la Justicia* (16), 2012, pp. 31 y ss.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, 2006.
- DRESSLER, «Some brief thoughts (mostly negative) about “bad samaritan” laws», *Santa Clara Law Review* (40), 2000, pp. 971-989.
- FREUND/ROSTALSKI, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3.<sup>a</sup> ed., 2019.
- FRISCH, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, 2015.
- FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7.<sup>a</sup> ed., 2015.
- GARCÍA ALBERO, «De la omisión del deber de socorro», en Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, t. I, 7.<sup>a</sup> ed., 2016.
- GIMBERNAT ORDEIG, *El comportamiento alternativo conforme a Derecho: de la causalidad a la imputación objetiva*, 2017.
- GÓMEZ-TOMILLO RODRIGO, «Artículo 195», en Gómez-Tomillo Rodrigo (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal. Parte general*, t. I, 2015, pp. 633 y ss.
- GOULD, «Kropotkin was no crackpot», *Natural History* (97), *passim*.

- GRACIA MARTÍN, «Los delitos de comisión por omisión», en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, 2001, pp. 414 y ss.
- HIRSCH, VON/SCHORSCHER, «Die Kriminalisierung der unterlassenen Hilfeleistung: Eine Frage von „Solidarität« oder Altruismus?», en Von Hirsch/Neumann/Seelmann (dirs.), *Solidarität und Strafrecht*, 2013, pp. 77 y ss.
- JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, 2.<sup>a</sup> ed., 1997 (1991), 29/125.
- *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 2004.
- JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. AT*, 5.<sup>a</sup> ed., 1996.
- KARSTEN/GAEDE, «§ 13», en Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5.<sup>a</sup> ed., 2017.
- KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, 2.<sup>a</sup> ed., 2006 (1980).
- KROPOTKIN, *Mutual aid. A factor in evolution*, 1902.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, 2002.
- LERMAN, *La omisión por comisión*, 2013, p. 173.
- «Die fakultative Strafmilderung für die unechten Unterlassungsdelikte», *Goldammer's Archiv* (2), 2008, pp. 78 y ss.
- LEVY, «Killing, letting die and the case for mildly punishing bad samaritanism», *Georgia Law Review* (44), 2010, p. 610 y ss.
- Evangelio según SAN MARCOS 12:28-32.
- MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 5.<sup>a</sup> ed., 2016.
- MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 10.<sup>a</sup> ed., 2016.
- MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento penal práctico*, 2018.
- MORALES PRATS, «Artículo 11», en Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, t. I, 7.<sup>a</sup> ed., 2016.
- MORENO TORRES-HERRERA, «Lección 15: Los delitos de omisión», en Zugaldía Espinar (Dir.), *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 3.<sup>a</sup> ed., 2016, pp. 207 y ss.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 10.<sup>a</sup> ed., 2019.
- PANTALEÓN DÍAZ, «La utilidad de una buena dogmática para una buena jurisprudencia (y viceversa)», *Libertas* (7), 2018, pp 103-120.
- PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012.
- VON DER PFORDTEN, «Zur Rechtfertigung von Hilfeleistungspflichten», en Von Hirsch/Neumann/Seelmann (Dirs.), *Solidarität und Strafrecht*, 2013, pp. 103 y ss.
- ROBLES PLANAS, «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», *InDret* (4), 2013.
- RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, 9.<sup>a</sup> ed., 1985.
- ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, 2003.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002.
- SCHÜNEMANN, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009 (1971).
- SEELMANN, «§ 13», en Wassermann (ed.), *Alternativkommentar zum Strafgesetzbuch*, 1990.

- SILVA SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión. Concepto y sistema*», Bosch, 1986.
- «Artículo 11», en Cobo del Rosal (Dir.), *Comentarios al Código penal*, vol. I, 1999.
- «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código penal», en AA. VV., *Problemas específicos de aplicación del Código penal. Manuales de formación continuada* (4) del CGPJ, 1999, pp. 153 y ss.
- «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», en Schünemann *et al.* (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, pp. 641 y ss.
- *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2.<sup>a</sup> ed., 2003.
- STERNBERG-LIEBEN/HECKER, «§ 323c», en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, 30.<sup>a</sup> ed., 2019.
- STREE/BOSCH, «§ 13», en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, 30.<sup>a</sup> ed., 2019.
- THE LAW COMMISSION, *A Criminal Code for England and Wales*, 1989, vol. 2, pp. 186 y ss.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Artículo 11», en Gómez-Tomillo Rodrigo (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal. Parte general*, t. I, 2015.
- VARONA GÓMEZ, *Derecho penal y solidaridad*, 2005.
- WEIGEND, «§ 13», en Cirener *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 13.<sup>a</sup> ed., 2020, vol. I.
- WEINRIB, «The case for a duty to rescue», *The Yale Law Journal* (90), 1980, pp. 247 y ss.

# Pasado, presente y futuro de la medida de seguridad de libertad vigilada para sujetos imputables (1)

MARÍA PILAR MARCO FRANCIA

Profesora Asociada de Derecho Penal (acreditada como Contratada-Doctora)  
Universidad de Castilla-La Mancha

## RESUMEN

*La medida de seguridad de libertad vigilada en su modalidad postpenitenciaria o postpenal, tuvo su entrada en nuestro Derecho penal contemporáneo con la modificación del Código Penal del año 2010. Sin embargo, existían precedentes en nuestro Derecho penal histórico que merecen ser estudiados y en particular, apreciar que en su implementación existía la figura del Delegado de libertad vigilada. La inexistencia de esta figura que lleve a cabo de manera efectiva el control judicial de la actual medida es uno de los muchos reproches que se pueden realizar a la actual regulación. De igual forma, examinaremos cómo se está aplicando en la actualidad, y cuál está siendo su implementación real para vislumbrar cuál sería el futuro, o los posibles futuros de la medida en nuestra legislación penal, ya decididamente inmersa en el paradigma de la peligrosidad.*

Palabras clave: *Libertad vigilada, Delegado, Peligrosidad, Medidas de seguridad.*

---

(1) Este artículo se incardina dentro de los siguientes proyectos de investigación: Crisis del Derecho Penal del Estado de Derecho: Manifestaciones y tendencias (SBPLY/17/180501/000223) concedido por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER). Proyecto de investigación: Derecho penal y comportamiento humano (RTI2018-097838-B-I00) concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MICINN-Programa estatal de I+D+I orientada a los retos de la sociedad).

## ABSTRACT

*The security measure of supervised release in its post-prison modality entered into our contemporary Criminal law with the modification of the Criminal Code in 2010. However, precedents existed in the history of our Criminal law that deserve to be studied, and we should appreciate that the figure of the probation officer existed in their implementation. However, the absence of this officer, who effectively carries out judicial control, in the current measure is one of the many faults that can be found with the current regulation. On this basis, we will examine how the measure is currently being enforced, and the reality of its implementation in order to evaluate the possible future or futures of the measure in our criminal legislation, which is already decidedly immersed in the paradigm of dangerousness.*

*Keywords: Supervised release, probation officer, dangerousness, security measures.*

SUMARIO: 1. La política criminal.–2. El contexto de introducción de la medida de seguridad de libertad vigilada.–3. Los antecedentes históricos y contemporáneos de la medida de seguridad de libertad vigilada.–4. La medida de libertad vigilada en el Código Penal.–5. Planteamientos para un estudio posterior.

## 1. LA POLÍTICA CRIMINAL

El Derecho no es neutro, y el Derecho penal no es ajeno a esta falta de neutralidad. Un determinado Derecho se conforma en un momento histórico y político preciso, con necesidades igualmente concretas que los políticos en ocasiones instrumentalizan, no entendiéndose que es el interés general, el que debe asistir y dirigir a toda política que afecte a derechos fundamentales y libertades públicas, como es el Derecho penal.

El Derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que definen determinadas conductas como delito y disponen la imposición de penas o medidas de seguridad a quienes los cometen (2). Por su parte, Lascurain (3) indica que el hecho de realizar un análisis conjunto de penas y medidas de seguridad «ha generado normas o pautas interpre-

(2) *Vid.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., PÉREZ CEPEDA, A. I., 2015, p. 15

(3) *Vid.* LASCURAIN SÁNCHEZ, J. M., 2005, p. 588

tativas inadecuadas, tanto desde el punto de vista valorativo, de justicia, como desde la perspectiva de la funcionalidad de las medidas». Entiende el autor que se ha realizado en virtud de un afán garantista, pero que no debería tener su sede en el Derecho penal, sino que debería ser interpretado como garantías constitucionales.

Como señalaba Beccaria (4), citando a Montesquieu, «toda pena que no se derive de una absoluta necesidad, es tiránica» y es en base al contrato social, que hace que los hombres cedan pequeñas parcelas de su libertad que, sumadas todas ellas, forman el derecho a castigar y, por ende, otorgan la legitimidad necesaria para la sumisión a ese posible castigo. Por su parte, Beccaria (5) indica que «las penas no deben solamente ser proporcionadas a los delitos, sino también en el modo de ejecutarlas». Siguiendo a Demetrio (6) diremos que, dentro de un Estado constitucional, el mayor reto del Derecho Penal es encauzar de manera adecuada el conflicto entre la libertad del individuo y su limitación para proteger a la sociedad.

Por su parte, Garrido (7) define la política criminal como «el conjunto de disposiciones que adopta un Estado para el control y prevención de la delincuencia». Si bien el autor entiende que esta política criminal ha de tener una perspectiva amplia, y contemplar las funciones preventivas de servicios sociales y de la educación, sin dejar de lado aspectos como el urbanismo y los medios de comunicación. Según Borja Jiménez (8), Feuerbach la definía como «el conjunto de métodos represivos con los que el Estado reacciona frente al crimen» y, Cerezo Mir (9) establecía el concepto de política criminal citando a Anton Oneca como un complemento a la dogmática jurídico-penal, «siendo no disciplinas separadas, sino más bien zonas o aspectos de la Ciencia del Derecho Penal».

En la configuración del diseño político criminal de un Estado existe, por una parte, la decisión de conceptuar qué es lo que se entiende por delito, protegiendo los bienes jurídicos que se estima que merecen una mayor protección, por la última *ratio* que debería ser el Derecho Penal, y por otra parte, las consecuencias jurídicas que la comisión de estos ilícitos penales van a conllevar. Deberá por tanto establecerse una línea clara de los delitos y su castigo, cómo se van a

---

(4) Vid. BECCARIA, C., 2008, p. 16.

(5) Vid. BECCARIA, C., 2008, p. 83.

(6) Vid. DEMETRIO CRESPO, E., 2014.

(7) Vid. GARRIDO GENOVÉS, V., 1998, p. 273.

(8) Vid. BORJA JIMÉNEZ, E., 2001, p. 24.

(9) Vid. CEREZO MIR, J., 1990, p. 73.

castigar y con qué dureza. En este sentido, Sánchez Lázaro (10) indica que, para favorecer el desarrollo de una política criminal racional, habría que hacer abstracción de lo que él denomina «la representación mediática del fenómeno criminal». En definitiva, estamos ante una serie de derechos a ponderar, buscando el equilibrio del «eterno» debate seguridad-libertad. Para Demetrio (11), el debate entre seguridad y libertad es un clásico de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía Política. En el caso de que nos decantemos por la seguridad, entenderemos que su agravamiento será legítimo para proteger a quienes no delinquen, mientras que, si entendemos que el delito puede surgir a cualquier ciudadano en cualquier momento, no pueden amonarse las garantías, porque con ello se da entrada a la inseguridad jurídica.

En palabras de Mir Puig (12) «Todo Derecho penal responde a una determinada orientación política del tratamiento de la delincuencia, esto es: a una determinada Política criminal; y toda Política criminal depende de una política general propia del Estado a que corresponde». Por lo tanto, la Política Criminal decidirá, ajustándose a la propia organización y concepción del Estado, e independientemente a si ese Estado es democrático o no, cuál será el contenido del Derecho penal, de acuerdo a las concepciones políticas imperantes en cada momento y como instrumento de control formal.

El incremento de las penas respecto a los delincuentes sexuales y la creación de la medida de seguridad de libertad vigilada postpenal o postpenitenciaria (13), ambas dentro del paradigma de la peligrosidad y del Derecho penal de autor, se realizaron a través de las modificaciones legislativas del Código Penal realizadas en el año 2010, y lo fueron bajo un Gobierno socialista. Con respecto a la ampliación de la edad de consentimiento sexual a los 16 años, y la ampliación del ámbito de aplicación de la medida de libertad vigilada que se realizó en 2015, fue acordada por un Gobierno del Partido Popular. Parece que el populismo punitivo está en boga, independientemente del signo del partido político que se halle en el poder. El Derecho penal, «su fortalecimiento» según aducen, malentendido con lo que es su inexcusable ampliación y agravación, parece que da votos a todos los partidos, y ninguno se resiste a esta *vis* atractiva. Sin embargo, la solución

---

(10) Vid. SÁNCHEZ LÁZARO, F. G., 2008, p. 3.

(11) Vid. DEMETRIO CRESPO, E., 2008, pp. 179 y 183.

(12) Vid. MIR PUIG, 2011, p. 14.

(13) Como acertadamente señala NISTAL BURÓN, J., 2020, no siempre será postpenitenciaria, puede suceder que el penado no cumpla la pena porque su ejecución queda suspendida previamente.



no es incrementar el número de los tipos penales, la cuantía de las penas, y la creación de nuevas medidas de seguridad, sino coadyuvar a una justicia más eficaz y justa, con más medios económicos y que pueda dar soluciones jurídico-penales con rapidez y eficacia.

## 2. EL CONTEXTO POLÍTICO-CRIMINAL Y CRIMINOLÓGICO DE LA MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA

Tras las numerosas modificaciones del Código penal, no podemos decir que nos hallemos ante un Código Penal estable. Carecemos de una Política criminal ordenada y basada en estudios criminológicos. Sin embargo, esta no es la percepción que tiene la ciudadanía, que demanda más tipos penales y mayor dureza en la represión de los delitos (14).

La introducción en la agenda política de nuevos delitos, el endurecimiento de las penas, o la inclusión de nuevas penas o medidas, como la introducción de la medida de seguridad postpenal de libertad vigilada, viene motivada por la aparición de casos concretos a los que hay que responder, y por las demandas de medios de comunicación y de los familiares que consideran que el daño sufrido no se ve resarcido con el cumplimiento de la pena por parte del delincuente, o bien ven ésta insuficiente (15).

Esta necesidad de «justicia» de víctimas y familiares, que los medios de comunicación nos muestran, al mismo tiempo que señalan la crueldad o la violencia gratuita de los hechos delictivos cometidos, hacen que la sociedad se movilice en casos mediáticos, solicitando un incremento de penas insostenible, ya que la venganza no puede ser un fin lícito de la pena (16). Otros supuestos como los acaecidos tras la liberación del etarra Iñaki de Juana Chaos, y del violador del Vall d'Hebron, así como los casos de Marta del Castillo y la niña Mary Luz, y la alarma social subsiguiente, fueron el caldo de cultivo que determinó la implantación de la medida.

---

(14) Como señalan GONZÁLEZ, T., MONTIEL, I., JIMÉNEZ, C., y CARBONELL, E., 2015, p. 757, las víctimas entienden en muchas ocasiones que hacer justicia significa elevar las penas, cuestión que alientan y airean los medios de comunicación, influyendo a los políticos y produciéndose un amplio giro punitivista.

(15) *Vid.* GIMBERNAT ORDEIG, E., 2009, indica que la motivación de venganza de los familiares tiene su eco en los medios de comunicación que lo potencian y difunden, logrando que los políticos, sin importar el partido al que pertenezcan, enduzcan el derecho penal, como fuente de votos.

(16) *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C., 1987, p. 168.

Lo normal y deseable sería contar con un Gobierno con una línea político-criminal ordenada y coherente, al igual que en cualquier otra línea política: social, económica, cultural; y que no se introduzcan cuestiones en la agenda político-criminal a golpe de portada de tele-diario. A este respecto, Boldova Pasamar (17) alude por su parte, al fenómeno mediático en materia penal que se dirige a poner de relieve las carencias de la regulación penal para hacer frente a determinadas formas de criminalidad, y a ineficiencias de condenas, el fracaso resocializador o la ausencia de arrepentimiento. En opinión de Salat (18), con los anuncios de modificación/endurecimiento del Código Penal, lo que el partido en el poder consigue es el cese de esas noticias que extienden el miedo en la ciudadanía, y que se cambian por nuevos titulares en los que se anuncian las nuevas medidas adoptadas por el Gobierno, aportando soluciones.

### 3. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y CONTEMPORÁNEOS DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE LIBERTAD VIGILADA

La «libertad vigilada» no es nueva en nuestra legislación, ya que es una medida que se encuentra contemplada en nuestra legislación de menores. Examinaremos las medidas existentes en nuestro derecho desde el Código Penal de 1822, donde existía la «pena de sujeción a la vigilancia especial de las autoridades» que se mantuvo prácticamente durante toda la historia codificadora, hasta incluso con la reforma de 1974 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970.

#### 3.1 El Código Penal de 1822

El Código Penal de 1822 tuvo su origen en el periodo constitucional que dio lugar a la sublevación de Riego. Su vigencia fue mínima, tan apenas un año (19). Este texto legal definía la pena de sujeción a la vigilancia especial de las autoridades en su artículo 78. El contenido

---

(17) *Vid.* BOLDOVA PASAMAR, M., 2009, p. 290.

(18) *Vid.* SALAT PAISAL, M., 2014, p. 47.

(19) Sobre la vigencia del Código penal de 1822 *vid.* LÓPEZ REY, O., *ADPCP*, 2017. En el Diario de las discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821, p. 110, en la discusión respecto al artículo 29 del proyecto relativo a las penas, el señor Calatrava indica que la pena de sujeción a la vigilancia es considerada por la Universidad de Salamanca como una pena crónica o preventiva.

de esta pena consistía en la obligación por parte del reo de dar cuenta de su domicilio y de su modo de vivir a la autoridad, así como de presentarse personalmente ante la autoridad en los periodos en que ésta lo establezca. Se trataría pues, de una medida similar a una obligación de comunicar su domicilio que, puede ser ampliado a una obligación *apud acta* de comparecer, e incluso a que nombrase a un fiador que respondería con sus bienes de la comisión de cualquier delito que cometiera el fiado. En el caso de que no tuviese un fiador, se le podría limitar sus movimientos a una localidad, o parte de ella, que le permitiese trabajar, y de arrestarle en el caso de que violase el confinamiento.

### 3.2 El Código Penal de 1848

En este Código Penal hallamos la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad dentro del catálogo de penas, como pena correccional, siendo su duración de siete meses a tres años (art. 26) (20). Esta pena de sujeción a la vigilancia de la Autoridad obligaba al penado a fijar su domicilio y comunicarlo sin poder cambiarlo, a observar reglas de inspección, y a adoptar oficio, arte, industria o profesión si no tuviere medios propios. Para De Castro y Ortiz de Zúñiga (21), la pena de sujeción a la vigilancia a la autoridad tiene un carácter vejatorio y va dirigida a delitos que son notablemente peligrosos para el Estado. La autoridad que vigilará al reo, será designada por el Gobierno, a quien se notificará la condena. Se llevará a cabo por autoridades administrativas, que son las que poseen medios adecuados para vigilar a los delincuentes; sin embargo, jueces y fiscales, al gozar en cierta parte de autoridad judicial, también deberán auxiliarle en su observación, para que en caso de reincidencia se adopten las medidas oportunas. Las reglas de inspección habrán de ser determinadas por la autoridad, sin excederse de los límites del código.

No solamente se contemplaba como pena individualizada, sino que también se configuraba como una pena accesoria en los siguientes casos: pena accesoria a la pena de muerte que no se hubiera ejecutado por indulto (art. 50), penas de argolla y degradación civil (art. 51), a la pena de cadena perpetua si ha sido indultado (art. 52), la de reclusión (art. 53), la pena de relegación perpetua y la de extrañamiento perpetuo (art. 54), la pena de cadena temporal (art. 55), la pena de presidio mayor (art. 56), las penas de reclusión, relegación y extrañamiento

---

(20) Vid. IÑESTA PASTOR, E., 2011, p. 608.

(21) Vid. DE CASTRO, J., y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., 1848.

temporal, presidio menor y correccional y confinamiento mayor (art. 57).

En opinión de Terradillos (22), la pena de vigilancia se concibe de igual forma que en el Código de 1822. La pena se impone no a hechos sino a estados o «condiciones», como el de vagos y mendigos, y que «son antecedentes del moderno concepto de peligrosidad al igual que la sujeción a vigilancia de la autoridad lo es de las actuales medidas de seguridad».

### 3.3 El Código Penal de 1850

El Código de 1850 no introduce nada nuevo respecto al código penal de 1848. Manzanares Samaniego (23) (2010) señala que no existe variación alguna con respecto al Código Penal anterior, ni tan siquiera en la numeración de los artículos.

### 3.4 El Código Penal de 1870

El Código Penal de 1870 es hijo de la nueva Constitución de 1869 y nació para adaptarse a ella (24). La sumisión a la vigilancia a la autoridad no aparece en el catálogo de penas del artículo 26, ni como pena aflictiva ni correccional (25). Aunque las reformas técnicas no fueron de calado, sí existió un progreso en lo político que incluía la supresión de la pena de vigilancia de autoridad, la impunidad de manera general de la proposición y conspiración para delinquir, y la libertad de culto (26). Terradillos (27) señala que esta pena desapareció del Código Penal de 1870 porque impedía la reinserción social en localidades pequeñas ya que estigmatizaba a quiénes se les aplicaba.

### 3.5 El Código Penal de 1928

El Código Penal de 1928 se inspiró en su redacción en la *Terza Scuola* y en la Escuela Político Criminal Alemana, siguiendo el principio de defensa social, incorporando las medidas de seguridad, y

---

(22) Vid. TERRADILLOS BASOCO, J., 1981, p. 41.

(23) Vid. MANZANARES SAMANIEGO, La ley Diario, 2010.

(24) Vid. CEREZO MIR, J., 1990, p. 110.

(25) Vid. GONZÁLEZ SERRANO, J., 1870; ANTÓN ONECA J., 1970, p. 242.

(26) Vid. JIMÉNEZ DE ASUA, L., ANTÓN ONECA, J., 1929, p. 46.

(27) Vid. TERRADILLOS BASOCO, J., 1981, p. 45.

valorando la peligrosidad del infractor a la hora de establecer la pena a aplicar (28).

La sumisión a la vigilancia a la autoridad no aparece en el catálogo de penas del artículo 87, pero sí aparece dentro de las medidas de seguridad que, como consecuencia de los delitos o faltas, o como complemento de pena, podrán acordarse con arreglo a dicho código en el punto 13 del artículo 90 (29). Además, el Código posibilitaba imponer una medida de seguridad de manera conjunta con una pena en su artículo 71 (30).

### 3.6 El Código Penal de 1932

Este Código Penal, que fue promulgado por Ley de 27 de octubre de 1932, era el Código Penal de 1870 reformado con arreglo a la Ley de bases de 8 de septiembre de 1932; ya que el Código penal de 1928 fue derogado (31) al día siguiente de la proclamación de la II República el día 14 de abril de 1931 (32).

No aparece en el catálogo de penas del artículo 27 de dicho Código Penal, ni tampoco como medida de seguridad, porque éstas no se introdujeron en el Código Penal de 1932 (33).

### 3.7 El Código Penal de 1944

La sumisión a vigilancia de la autoridad ni tan siquiera aparece en el catálogo de penas del artículo 27. A juicio de Cerezo (34), este código es expresión del Derecho Penal autoritario, y no se incluyeron las medidas de seguridad, dado que se mantuvo en vigor la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, a la que se le hicieron reformas, ampliando las catego-

---

(28) Vid. CEREZO MIR, 1990, p. 114. Según LEAL, 2003, p. 86, y CEREZO MIR, 1990, p. 115, es el primer código penal que, dentro de un sistema dualista, establece las medidas de seguridad postdelictuales, y TERRADILLOS BASOCO, J., 1981, p. 50, considera que esta es su principal innovación

(29) Vid. MARTÍNEZ ALCUBILLA, 1928.

(30) Vid. SALAT PAISAL, M., 2014, p. 320.

(31) Como señala LÓPEZ REY, *ADPCP*, 2017, realmente no se trató de que el código penal fuera derogado *stricto sensu*, sino «anulado», a tenor del artículo 1 del decreto de 15 de abril, y por lo cual no se respetaron las situaciones jurídicas que se produjeron a su amparo y se dejó al mismo sin ningún valor, como si no hubiera regido nunca.

(32) Vid. CEREZO MIR, 1990, p. 115.

(33) Vid. CEREZO MIR, 1990, p. 116.

(34) Vid. CEREZO MIR, 1990, pp. 117 y 121.

rías de estado peligroso a homosexuales y gamberros, o a quienes de cualquier forma perturbasen con su conducta la paz social.

### 3.8 Legislación especial

#### 3.8.1 LA LEY DE VAGOS Y MALEANTES DE 4 DE AGOSTO DE 1933

Dentro del catálogo de medidas de seguridad de la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933, se establece la medida de sumisión a la vigilancia de la autoridad en el artículo 4.7 (35). Esta ley estuvo vigente hasta el 4 de agosto de 1970 y se ocupaba tanto de la peligrosidad social como de la criminal, confundiéndo las. La medida se aplicaba a quienes fueran declarados en estados peligrosos (arts. 2 y 3). Sería ejercida por delegados especiales, y tenía un carácter tutelar y de protección. Los delegados se encargaban de proporcionar un trabajo adecuado a las aptitudes y conducta a los sujetos que custodiaban. Se establecía una duración de la medida de uno a cinco años, y se podía reemplazar la misma por una caución de conducta. Pero, aunque se reemplazase, establecía el artículo 48 del reglamento que desarrollaba la ley, que no se debía desatender totalmente al que estaba sometido a dicha medida, en palabras de la ley, «al peligroso».

El reglamento de desarrollo de la ley, de 3 de mayo de 1935, en su artículo 46, definía la medida de vigilancia por la autoridad como una «medida que se impone al peligroso y por la que el peligroso queda sometido al cuidado e inspección minuciosa de toda su vida y métodos de trabajo, que se realiza por el Delegado que la Autoridad judicial designe». El Reglamento que desarrollaba la Ley regulaba las funciones del Delegado en sus artículos 41 y siguientes. Así, se les recordaba que sus funciones tenían un propósito de auxilio, amparo o cuidado, pero sin que en ningún caso la persona objeto de estas medidas pudiera sentirse perseguido o vejado. Por tanto, debían utilizar medios discretos y prudentes para obtener sus informes, habida cuenta que el objeto de la medida era proteger a quien se le imponía.

#### 3.8.2 LA LEY 16/1970, DE 4 DE AGOSTO, DE PELIGROSIDAD Y REHABILITACIÓN SOCIAL

La medida de seguridad de «sumisión a la vigilancia a la autoridad» se establece como medida decimocuarta del artículo 5 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social. La medida de sumisión a la vigilancia

---

(35) *Vid.* RODRÍGUEZ DRANGUET, A., 1935.

de la autoridad se desarrollaba por su parte en el Decreto 1144/71, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social, concretamente en el Capítulo VI (arts. 50 a 62).

Respecto a su naturaleza y características Jorge Barreiro (36) la cataloga como una medida restrictiva de derechos, y la conceptúa como una medida de seguridad, tanto por su carácter, como por su contenido.

La medida de sumisión a la vigilancia de la autoridad consistirá en la inspección del comportamiento social del peligroso, por parte del Delegado designado por el Juez (art. 50 Reglamento), quien informará sobre su vida y relaciones al Juez. Su duración oscilaba de uno a cinco años y podía ser sustituible por la caución de conducta. La vigilancia se realizaba por los delegados especiales (art. 5.14 de la Ley) quienes debían proporcionar un trabajo adecuado a los sujetos objeto de la medida de vigilancia, que eran los recogidos en el artículo 6.

El Delegado tenía la consideración de agente de la autoridad cuando estuviere en el ejercicio de sus funciones. Existía una obligación de prestarle auxilio por parte de autoridades judiciales, gubernativas y funcionarios públicos (art. 53 Reglamento). Su tarea consistía en estudiar el carácter, costumbres y tendencias del vigilado, potenciando sus inclinaciones favorables, y aconsejándole de manera objetiva. Y todo ello debía ser realizado prestando un particular interés en la inserción laboral del sujeto, que el Delegado debía de cuidar especialmente. Esa tarea de observación del sujeto tutelado se concretaba en unos datos de su personalidad, que eran transmitidos al Juez quien, previa comprobación, los introducía en el expediente del vigilado, y a los cuales el vigilado no tenía acceso (art. 54 Reglamento).

### **3.9 La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores**

Como ya decíamos con anterioridad, la libertad vigilada no es una novedad como tal en el derecho español (37). Hemos visto la regulación de figuras similares, a lo largo de los diferentes Códigos Penales españoles, que son lejanos en el tiempo, y que podemos considerar

---

(36) *Vid.* JORGE BARREIRO, A., 1976, p. 126.

(37) *Vid.* ACALE SÁNCHEZ, M., 2010, *RADPP*, p. 166, entiende que es el antecedente de la libertad vigilada en nuestro derecho vigente, a pesar de que en la justicia de menores no sea pena ni medida de seguridad, ni se imponga a un sujeto que responda plenamente al Código Penal.

como antecedentes remotos, de igual forma que las figuras de similar contenido, *mutatis mutandis* que contenía la Ley de vagos y maleantes, y la Ley de Rehabilitación y Peligrosidad Social. Pero como antecedente de carácter más próximo, sin ningún género de dudas, tenemos que considerar, y por tanto analizar, la figura homónima del Derecho penal de menores que ya existía en España previamente a la incorporación al Derecho penal de adultos (38). Concretamente, está regulada en el artículo 7.1 h) de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, (en adelante LORRPM).

En opinión de Luaces (39), nos encontramos ante medidas distintas, porque la del ámbito de menores consiste en un «seguimiento de la actividad» del menor por parte de un profesional encargado, que realizará un programa a seguir por el menor, con la de la medida de libertad vigilada de mayores, que consistiría únicamente en someter al reo a las obligaciones que se determine, y sin seguimiento profesional. Según Cámara (40) «si bien los orígenes de ambas figuras penales homónimas podrían tener un punto en común, lo cierto es que su desarrollo legislativo no podría haber sido más dispar».

La intervención sobre los menores ha de ser de carácter reparador o compensatorio, en palabras de Martín López (41), se trata de «estimular un proceso de cambio de conducta, ayudando al joven a sentirse responsable de sus actos y a comprender el efecto sobre los demás». Como veremos tras el análisis de esta medida de menores, la libertad vigilada, junto con otros mecanismos que pueden operar en la justicia de menores, puede ayudar mucho con sus elementos educativos, a operar cambios fuera de un entorno institucionalizado con una mejor intervención, evitando el internamiento, y que se revela, como la medida estrella de la justicia penal de menores (42).

La definición de Garrido y Gómez (43) de la libertad vigilada de menores, es precisa, y la configura como «una de las medidas educativas de que dispone el juzgado de menores». «Es la medida según la

---

(38) Respecto a los antecedentes históricos de la medida de libertad vigilada de menores, *vid.* MONTERO HERNANZ, T., 2010, pp. 6 y 7.

(39) *Vid.* LUACES GUTIÉRREZ, A. I., 2012, p. 545.

(40) *Vid.* CÁMARA, S., 2012, p. 72.

(41) *Vid.* MARTÍN LÓPEZ, T., 2001, p. 98.

(42) En gran parte de los casos la medida de libertad vigilada es la primera sanción judicial que se suele imponer en justicia de menores. Goza de una labilidad que la hace adecuada a un tratamiento individualizado. Es susceptible de adaptarse a las circunstancias psicosociales del menor y responde a la esencia de la jurisdicción de reforma de menores.

(43) *Vid.* GARRIDO, V. y GÓMEZ, A., 1998, pp. 224-225.



cual el menor infractor está sometido, durante el tiempo establecido en la resolución, a una vigilancia y supervisión a cargo de personal especializado, con el fin de que aquél adquiriera las habilidades, capacidades y actitudes necesarias para un correcto desarrollo personal o social.» Acale (44) mantiene al respecto que «si se analizan conjuntamente el fin de la LORRPM y la regulación legal de la medida de libertad vigilada, se constata que esta última calza perfectamente en el camino al que va dirigido aquélla».

La libertad vigilada tiene como características básicas que se trata de una medida en medio abierto, es de carácter individualizado, combina la asistencia educativa y el control en el medio familiar y social del menor, siempre a partir del mandato de un juez, y a través de una programación de entrevistas entre el profesional y el menor, que habrán de ser aprobadas por el juez, y que podrán comprender la imposición de reglas de conducta (45), o la realización de tareas socioeducativas (46).

El artículo 7.1 h) LORRPM establece que en la medida de libertad vigilada se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma, y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional, o al lugar de trabajo, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida (47). Igualmente, obliga a seguir las pautas socio-educativas que señalen la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de Menores. También queda obligado a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrán ser alguna o algunas de las siguientes, considerando, junto a Polo y Huélamo (48), que no deben entenderse estrictamente como *numerus clausus* en atención a la regla 7.<sup>a</sup> del mismo precepto: 1. Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el menor está en edad de escolarización obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello. 2. Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profe-

---

(44) Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., 2010, RADPP, p. 167.

(45) Vid. BERIÁN MANTECA, R., 2001, p. 154.

(46) Vid. DIEGO ESPUNY, F., 2001, p. 193.

(47) Recordemos el caso de Sandra Palo, donde su agresor menor, conocido como «El Rafita», presuntamente reincidió y por tanto, el tema de la libertad vigilada de menores se ha puesto en evidencia y se ha planteado como un fracaso.

(48) Vid. POLO y HUÉLAMO, 2001, p. 48.

sional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares. 3. Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos. 4. Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa. 5. Obligación de residir en un lugar determinado. 6. Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas. 7. Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

Respecto a su duración hay que distinguir:

1. Como medida no privativa de libertad principal y única.

A) En caso de que los hechos cometidos sean constitutivos de delito leve, sólo se podrá imponer la medida de libertad vigilada hasta un máximo de seis meses (art. 9.1 LORRPM 5/2000 modificada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre).

B) La norma general es de una duración máxima de dos años (art. 9.3 LORRPM). Ahora bien, de acuerdo con el artículo 28.5 de la LORRPM se habrá de computar el tiempo ya cumplido por el menor en la medida cautelar que se hubiera acordado, en su caso.

2. En el caso de supuestos de extrema gravedad donde se aplique como complemento a una medida de internamiento de régimen cerrado.

A) En estos casos, el juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado a la que seguirá (art. 47.5 d) LORRPM) otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de tres años, si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, y hasta un máximo de seis años si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad. (Art. 10.1 LORRPM 5/2000, modificada por L.O. 8/2006 de 4 de diciembre).

B) En el supuesto de que el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos de los artículos 138 (homicidio), 139 (asesinato), 179 (agresión sexual), 180 (supuesto agravado de los artículos 178 y 179 de agresión sexual) 571 a 580 (delitos de terrorismo) del Código Penal, o de otro delito que lleve aparejada una pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez impondrá las medidas siguientes (art. 10.2 LORRPM):

a) Si al tiempo de cometer los hechos, el menor tuviere catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años.

b) Si al tiempo de cometer los hechos, el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto sólo podrá modificarse, suspenderse o sustituirse esta medida cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

3. También se puede imponer la medida de libertad vigilada en la suspensión del fallo como una condición, cuando se suspenda el fallo, además de la prohibición de cometer delitos durante el plazo de suspensión, el Juez también le puede imponer, de conformidad con el artículo 40 LORRPM, la aplicación de un régimen de libertad vigilada. De igual forma, en la aplicación jurisprudencial de la medida, observamos que se imponen medidas de internamiento y de libertad vigilada en el fallo condenatorio, dejando en suspenso el internamiento, condicionado al cumplimiento de la medida de libertad vigilada impuesta en sentencia, en conjunción con otras condiciones.

4. De igual forma, se puede imponer la medida de libertad vigilada como medida cautelar (arts. 28 y 29 LORRPM y Consulta de Fiscalía General del Estado 3/2004 de 26 de noviembre). Según Sanz (49), «ésta podrá mantenerse hasta el momento de la celebración de la audiencia prevista en los artículos 31 y siguientes de esta Ley o durante la sustanciación de los eventuales recursos (art. 28.1)».

## 4. LA MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA EN EL CÓDIGO PENAL

### 4.1 Introducción

La medida de seguridad de libertad vigilada fue introducida en nuestro Código Penal a través de la Ley Orgánica 5/2010 que modificó el Código Penal, y con ella se estableció como una nueva consecuencia jurídica del delito, la medida de seguridad de «libertad vigilada».

---

(49) *Vid.* SANZ, 2002, p. 311.

La libertad vigilada, básicamente consiste en el sometimiento del condenado a control judicial. La imposición de esta medida de seguridad se va a hacer en la Sentencia condenatoria, con lo que el juzgador va a tener que realizar un juicio apriorístico de peligrosidad futura del condenado. Es decir, a la hora de imponer su sentencia, el juez o tribunal sentenciador, además de la pena, tendrá que imponer (o no) la medida de libertad vigilada y fijar su duración, con lo que estamos ya valorando previamente como ineficaz, el efecto rehabilitador y de reeducación social del sistema penitenciario, tal y como establece el artículo 25.2 de la Constitución Española.

El Informe de Moncloa sobre la libertad vigilada decía expresamente que la ley «Crea la figura penal denominada «libertad vigilada» para el control y seguimiento de terroristas y delincuentes sexuales» (50). De dicha afirmación, se deduce que nos encontraremos ante un efecto disuasorio para el delincuente, se intenta evitar que delinca de nuevo y está por tanto configurada como, una medida orientada al fin de prevención especial. Esta medida intenta mantener la inocuidad que supone extender la prisión, más allá de los muros del centro penitenciario, mediante el control del sujeto.

Se ha hablado mucho sobre la constitucionalidad o no de la medida de seguridad postpenitenciaria de libertad vigilada. Siempre la eterna dicotomía de los derechos de libertad y seguridad es la cuestión a ponderar. En opinión de Leal (51), es una obligación del Estado la de garantizar la seguridad de todos sus miembros, prevaleciendo este derecho frente al de la libertad del delincuente que tenga un alto pronóstico de reincidencia. Como indica Gudín (52), a propósito de las palabras del Tribunal Constitucional alemán en su Sentencia *BverfG* de 5 de febrero de 2004, «todo orden social necesita protegerse contra los criminales peligrosos». Sin embargo, y pese a la pretensión del legislador de actuar a veces para adaptarse rápidamente a las circunstancias cambiantes de la sociedad y a sus pretensiones, al encontrarnos en un Estado de Derecho, habrá que analizar si esa consideración política-criminal que el legislador puede estimar oportuna, es dogmá-

---

(50) Con la Ley Orgánica 1/2015 se amplió su ámbito de aplicación a todos los delitos contra la vida, y en los delitos de malos tratos y lesiones cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica. En sentido favorable a la medida MAGRO SERVET (2010) quien opina que estamos ante una realidad donde existen crímenes graves cometidos por reincidentes y donde las víctimas sufren por la impunidad de la que gozan personas con antecedentes que reinciden, por lo que, además de implementar la medida de libertad vigilada, también aboga por la creación del Registro de pedreras o delincuentes sexuales y/o de delitos contra la vida, con el fin de controlarlos.

(51) Vid. LEAL MEDINA, J., 2010.

(52) Vid. GUDÍN MANGARIÑOS, 2012.

ticamente aceptable y ajustada al marco legislativo existente, en suma, ajustada a Derecho.

Nuestro texto constitucional de 1978 establece en su artículo 25.2 que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social. Así pues, la rehabilitación y la reinserción social del delincuente van a constituir, en base a dicho precepto constitucional, el fin principal de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad. Entenderemos como resocialización, el tratamiento que va a reestructurar la personalidad del culpable haciéndole un sujeto respetuoso con la Ley (53).

El legislador con la medida de libertad vigilada postpenitenciaria dio entrada a la opción incoizadora en nuestro sistema, pero al contemplar un posible choque con la Constitución la estableció como medida de seguridad, ya que, al aplicarse tras el cumplimiento de la pena, la finalidad retributiva de la pena ya se habría cumplido y la fundamentación de esta medida radicaría en la peligrosidad subsistente del sujeto. La finalidad de esta medida sería, dentro del respeto al artículo 25.2 de la Constitución Española, tutelar la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, ya que éstos pueden ser víctimas potenciales del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad.

Con la aplicación de la medida de seguridad postpenitenciaria, de manera apriorística, asumimos que la reinserción social de los condenados no ha podido ser lograda con la aplicación de la pena privativa de libertad, ya en el momento del juicio, sin saber si esta pena y el tratamiento penitenciario van a surtir su efecto. Se está asumiendo el fracaso de la finalidad de reinserción de la pena privativa de libertad, solo respecto de los delitos en los que la medida es susceptible de ser interpuesta, y cuya culpabilidad habríamos agotado tras el cumplimiento de la pena, pero cuya peligrosidad subsiste (54).

---

(53) En palabras de GARCÍA VALDÉS, C., 1987, la reinserción consiste en una rehabilitación interno-inhibidora que le sitúa ante la ley como un ciudadano más. Hay que señalar que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 19/88 de 16 de febrero, respecto al contenido del artículo 25.2 de la Constitución, que si bien las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad habrán de estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social, éstos no serán «los únicos objetivos admisibles de la privación penal de la libertad ni, por lo mismo, el que se haya de considerar contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista.»

(54) Según DELGADO DEL RINCÓN, L. E., 2004, p. 34, «Para el Tribunal, el art. 25.2 CE no establece que la reeducación y la reinserción social hayan de ser la única finalidad legítima de las penas privativas de libertad. En consecuencia, no tiene por qué considerarse contraria a la Constitución la aplicación de unas penas que, si bien no responden exclusivamente a dicha finalidad, sí se adecuan a otras finalidades

Así pues, y con respecto al artículo 25.2 de la Constitución hemos de decir que la medida de seguridad postdelictual es de difícil encaje en el marco constitucional y en el penitenciario.

Según la STC 23/1986, de 14 de febrero, la concurrencia de una pena y una medida de seguridad es contraria al principio de legalidad. El Fundamento Jurídico primero *in fine*, señala que «la imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad son, pues, contrarias al principio de legalidad penal, ya que por un lado, no cabe otra condena –y la medida de seguridad lo es– que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal; y por otro lado, no es posible sin quebrantar el principio *non bis in idem*, íntimamente unido al de legalidad, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, y ello aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sanciona la «culpabilidad» y en el otro, la «peligrosi-

---

de la pena de tipo preventivo o retributivo» (SSTC 19/98, de 16 de febrero, 75/1988, de 31 de marzo y 112/96, de 24 de junio). En opinión de ZAPICO BARBEITO, M., 2009, ha existido una evolución jurisprudencial del Tribunal Constitucional en la que en un primer momento, se consideró que el artículo 25.2 tenía un carácter de mandato orientador de la política criminal y penitenciaria, cuestionando negativamente su naturaleza de derecho fundamental, para después, perder esa naturaleza orientadora y basarse en la retención y custodia, señalando ZAPICO que «el debate acerca de la naturaleza de la reinserción social ha quedado obsoleto, abriendo paso al debate sobre la existencia mínima de la reinserción». Siguiendo esta línea político criminal tenemos la introducción de la nueva medida de seguridad de la libertad vigilada, que poco o nada responde a la reeducación y reinserción social, sino que su finalidad es la de controlar al delincuente peligroso que ha cumplido su pena privativa de libertad, la inocuización del delincuente. Para ZAPICO, 2009, p. 941: «el ideal rehabilitador no solo está en crisis, sino que ha caído bajo la preeminencia de las políticas estadounidenses de inocuización y segregación social, las cuales, dando primacía absoluta a la eficacia preventivo-especial de la pena –en la búsqueda de que el infractor no vuelva cometer delitos– lo apartan de la sociedad para evitar de ese modo, su potencial peligrosidad. Las políticas de incapacitación como fin último de la pena –totalmente contradictorias con el ideal resocializador– inspiran ya las recientes decisiones legislativas de internamiento. En lo que respecta a las decisiones legislativas la autora incluye el incremento del límite máximo de cumplimiento efectivo de la pena de prisión, el endurecimiento de los requisitos de acceso a los beneficios penitenciarios, a los permisos de salida y a la libertad condicional, la incorporación del «periodo de seguridad» para acceder al tercer grado y, a la introducción de la medida de seguridad postdelictual (y postpenitenciaria) para imputables [por delitos contra la vida, lesiones en el ámbito personal del 173.2 CP, de terrorismo y contra la libertad sexual, de la libertad vigilada]. Según SILVA SÁNCHEZ, J., 2001, el debate de la inocuización del delincuente ha vuelto al centro del debate político criminal en Estados Unidos, si alguna vez dejó de estarlo.

dad». En el mismo sentido encontramos la STC 21/1987, de 19 de febrero, que indica que «como se dijo en la STC 23/1986, de 14 febrero, recaída en un asunto sustancialmente igual, el planteamiento anterior cuestiona, en términos generales, la constitucionalidad de toda medida de seguridad que no subsiga, en su imposición, a la condena penal por delito, con relevancia especial en el caso por la integración del estado peligroso del art. 2.8 Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social en un «tipo de hecho» propio del campo de la pena, es decir, de «hechos» ya recogidos y sancionados por el art. 344 CP». Se entronca así la cuestión –añade la Sentencia citada– con el principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 CE, a cuyo tenor ha de entenderse que no caben medidas de seguridad sobre quien no haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y también –dada la identidad de hechos definidos en los arts. 2.8 y 344 citados– con el principio *non bis in idem*, enlazado con los principios de legalidad y tipicidad, que impide la concurrencia de penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, aunque se pretenda obviarlo diciendo que en un caso se sanciona la «culpabilidad» y en el otro la «peligrosidad».

Por tanto, la regulación de la medida de seguridad que hemos analizado contravendría la jurisprudencia constitucional contenida en las Sentencias 159/85, de 27 de noviembre, 23/1986, de 14 de febrero y 21/1987, de 19 de febrero, que como hemos visto, establecen de manera clara, que «un único hecho no puede ser causa de una pena y una medida de seguridad, sin que quepa alegar que la primera trae causa en la culpabilidad y la segunda en la peligrosidad (55)». El hecho de que la medida se imponga a priori por el tribunal sentenciador, puede obviar la vulneración del principio *ne bis in idem*, dado que la Sentencia condenatoria ya contiene una hipótesis futura de no reinserción/peligrosidad, y que veremos cómo se solventa en la jurisprudencia concreta.

Por otra parte, la cuestión de que si la hipótesis –de que la peligrosidad subsiste o no–, se concreta antes de permitir la puesta en marcha de la medida, tras informe de Instituciones Penitenciarias y adoptada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, hace que la presunción de fra-

---

(55) Las Conclusiones del Seminario Encuentro de Jueces/zas de Vigilancia Penitenciaria, Fiscales e Instituciones Penitenciarias están disponibles en internet: [http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/descargas/Conclusiones\\_JV\\_2011.pdf](http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/descargas/Conclusiones_JV_2011.pdf) [fecha última consulta 7/3/2020]. En el mismo sentido, citar a GARCÍA RIVAS, N., 2011, p. 23, quien opina que «a pesar de la opinión discordante de una parte de nuestra doctrina, cambiar la etiqueta a la restricción o privación de libertad no libera a la medida de su condición de sanción, es decir de ser la respuesta punitiva estatal a la comisión de un hecho (...)».

caso de la reinserción social de las penas privativas de libertad no sea *iuris et de iure* sino *iuris tantum*, y por tanto, a nuestro entender, se salva su inconstitucionalidad con respecto al artículo 25.2 de la Constitución. Ahora bien, la medida de libertad vigilada no deja de ser restrictiva de derechos, por lo que deberá aplicarse con el cuidado debido a una medida del orden penal, con estricto respeto al principio de legalidad, al de proporcionalidad y al de intervención mínima del derecho penal. Es decir, no podrá aplicarse fuera de los casos comprendidos en la ley, cuando sea absolutamente necesario, y su duración y contenido de las medidas deberán ser adecuadas a la peligrosidad demostrada por el autor del delito, siendo el propio delito y las circunstancias que rodearon la propia comisión delictiva el mejor indicador de dicha peligrosidad. Aunque hablando de consecuencias jurídicas que pueden ser bastante restrictivas, sería interesante avanzar de forma más decidida en los métodos de gestión e identificación de riesgos de los que hemos tratado ampliamente a fin de evitar por una parte falsos positivos y falsos negativos.

## 4.2 Definición

Siguiendo el tenor de la ley definiríamos la medida de seguridad de libertad vigilada como un medida de seguridad no privativa de libertad, aplicable tanto a sujetos inimputables y semi-imputables, como a sujetos imputables reos de delitos contra la libertad sexual, de terrorismo, contra la vida y contra la integridad física de los sujetos comprendidos en el ámbito del artículo 173.2 CP en los supuestos previstos por la ley, que consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial, que se realizará a través del cumplimiento de una o varias medidas, que se impongan por el Juez o Tribunal sentenciador, y en el caso de los sujetos imputables, se concretará, en su caso, tras el cumplimiento de la pena, en virtud de determinación del Juez de Vigilancia penitenciaria (56).

---

(56) Para ACALE SÁNCHEZ, M., 2010, *RADPP*, p.191 es una medida de seguridad que consiste en tener vigilada la libertad del condenado, aunque sin privarle de ella. Hay que destacar que el Juez o Tribunal sentenciador tendrá que evaluar la peligrosidad *a priori*, puesto que lo tendrá que imponer en Sentencia, aunque se concrete después, una vez vista la efectividad resocializadora o no de la pena de prisión, el pronóstico futuro del condenado. El juez o tribunal sentenciador le habrá tenido a la vista durante las sesiones del juicio oral, por lo que habrá podido interactuar con él, además de estudiar el contenido de los autos y por tanto, un mejor conocimiento del caso concreto.



### 4.3 Naturaleza

Estamos ante un retorno a la «inocuidación» (57), así como asumiendo posturas del Derecho Penal del Enemigo (58); y ante este «delincuente no rehabilitado» o con posibilidades de no rehabilitarse, opta por decir que, a pesar de mantenerse en el esfuerzo rehabilitador, también hay que proteger otros derechos, apareciendo aquí como valores dignos de tutela la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, ya que son «potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado». El legislador asume que la dimensión retributiva de la pena se ha agotado porque ha cumplido su pena, pero, en aras a la peligrosidad todavía indeterminada, que sin embargo afirma subsistente en el sujeto, se puede aminorar o eliminar mediante una medida de seguridad.

La exposición de motivos de la L.O. 5/2010 menciona que la medida de libertad vigilada «se inserta naturalmente en el régimen general de dichas medidas de seguridad, algunas de las cuales se integran y refunden en ese concepto común». A nuestro entender, dicha inserción no tiene nada de «natural» (59), puesto que la aplicación de

---

(57) Según DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., 2005, pp. 10-11, el auge de los mecanismos de inocuidación selectiva son una variante más de la gestión administrativa de riesgos, que utiliza técnicas de probabilidad para concentrar la persecución penal sobre ciertos tipos de delincuentes.

(58) Un ejemplo de Derecho Penal del enemigo, *vid.* DURÁN SECO, 2009, p. 18 es la nueva regulación en la modificación del CP del año 2010 respecto al artículo 36 CP que evita que se les pueda adelantar la obtención del tercer grado a los delincuentes sexuales. Estos delincuentes peligrosos habrían de ser considerados como enemigos y por tanto habría que aplicárseles un Derecho penal específico para ellos *vid.* MONGE FERNÁNDEZ, 2010, p. 88.

(59) De igual forma, no entendemos como natural la inserción de la medida de libertad vigilada, por cuanto introduce distorsiones, como no podía ser de otra manera por su naturaleza, en el régimen jurídico de las medidas de seguridad. Por ejemplo, en el artículo 99 del Código Penal se establece que en el caso de concurrencia de penas y medidas (como en el caso de personas semi-imputables), primero se cumplirá la medida y luego la pena, mientras que, en el caso de la libertad vigilada, artículo 106.2 del Código Penal, se cumplirá de manera posterior a la pena privativa de libertad. Igualmente, en el artículo 97 del Código Penal, se establece que cuando la sentencia se está ejecutando, y por tanto la medida, el Juez o Tribunal decidirá mantener, suspender, sustituir o finalizar la medida que se esté imponiendo, mientras que, a tenor del artículo 106.3 c) del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, antes de que la medida comience, dejarla sin efecto. FEIJOO, B., 2011, p. 213, indica que el sistema de medidas de seguridad no se ha visto alterado sustancialmente tras la reforma del Código Penal por L.O. 5/2010, de 22 de junio, salvo la imposición de medidas a los sujetos imputables peligrosos. BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., CPC, 2011, p. 111, mantiene la opinión de que «la inclusión de la «libertad vigilada» como «medida de seguridad» de ejecución posterior al cumplimiento completo de la pena privativa de libertad, va a

esta medida, y ahí radica su novedad, más allá de su aplicación a inimputables o semi-imputables, esta medida también se va a aplicar a sujetos imputables, si de la naturaleza del hecho cometido, se deduce esta peligrosidad, y siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa. Por tanto, su introducción no es en absoluto natural, sino que «fuerza» el concepto tradicional de medida de seguridad aplicable a personas que no entendían la ilicitud de su conducta por tener anuladas o mermadas sus capacidades intelectuales y que suponían un peligro para la sociedad (60).

Aunque, entre la primera calificación como pena accesoria y la actual como medida de seguridad, nos parece más adecuada su conceptualización como medida por cuanto atiende a la peligrosidad, no es menos cierto que realmente estamos ante una serie de reglas de conducta (61), de entre la que destacamos la obligación de estar controlado, y para otros autores como Mapelli Caffarena (62), le parece que es más similar a una libertad condicional de carácter continuado, y su calificación como medida solo es una etiqueta conveniente (63).

Si la medida hubiera contado con una figura de «Delegado» (por utilizar la terminología de nuestro Derecho Penal histórico) que sí hiciera un seguimiento personal y detallado, a modo de la figura anglosajona del *probation officer*, y este seguimiento o control de tipo formal fuera acompañado por medidas de tipo terapéutico y apoyo psicosocial, podríamos haber apuntado a un ámbito más de prevención especial

---

romper con el sistema de consecuencias jurídicas del delito establecido en el Título Preliminar del Código penal de 1995, admitiendo en el Derecho penal español, ya de inicio, un tratamiento diferenciado de respuesta social para delincuentes sexuales y terroristas. Considerando a estos sujetos delincuentes de «estado» a los que se les abre directamente la puerta a los postulados del derecho penal del enemigo, ante los cuales el punto de partida es una presunción de peligrosidad futura y el fracaso de la función resocializadora y rehabilitadora de la pena y del tratamiento penitenciario, que justifica la imposición de una medida coactiva (revestida como medida de seguridad) tras el cumplimiento total de la pena privativa de libertad proporcional al hecho cometido».

(60) Por su parte, ACALE SÁNCHEZ, M., 2010, *RADPP*, p. 162-3 rechaza que exista una inserción natural, lo que se está es forzando el sistema de aplicación de penas y medidas de seguridad, limitándose a modificar la denominación de las medidas no privativas de libertad.

(61) *Vid.* NISTAL BURÓN, J., 2010, p. 4.

(62) *Vid.* MAPELLI CAFFARENA, B., 2011.

(63) Para MARTINEZ GARAY, L., 2014, p. 8, tampoco está clara la naturaleza bien como pena o como medida de seguridad. La medida de seguridad de libertad vigilada no responde a fines de prevención especial, puesto que ya parte asumiendo el fracaso resocializador de la pena privativa de libertad impuesta y cumplida ella entiende que responde a fines eminentemente retributivos y de prevención general positiva.

positiva –para intentar que el delincuente no reincida– que con la actual regulación que el legislador parece no querer modificar (ya que la medida se mantiene tal cual fue aprobada en 2010, salvo en lo que respecta a la ampliación realizada por LO 1/2015).

#### 4.4 Duración de la medida

A tenor de lo dispuesto en el artículo 105 del Código Penal, la medida de libertad vigilada tendrá una duración por un tiempo no superior a cinco años con carácter general y hasta diez años de duración en los casos que expresamente lo disponga este Código Penal (arts. 192.1 y 579 bis C.P).

#### 4.5 Procedimiento de aplicación para sujetos imputables

Para sujetos imputables, la medida de libertad vigilada se impone en Sentencia por parte del Juez o Tribunal sentenciador, en los casos en los que proceda legalmente, junto con la pena que corresponda para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta, siempre que así lo disponga de manera expresa este Código (queda a salvo lo dispuesto en el artículo 105 del Código Penal para los supuestos de inimputables y semi-imputables). Al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad (64), el Juez de Vigilancia Penitenciaria, que ha ido siguiendo el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, elevará una propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que concretará el juicio de peligrosidad (65) *ex ante* que realizó en el momento de emitir la Sentencia condenatoria, para ver si subsiste peligrosidad por parte del penado. En el caso de que no subsista, a la vista del pronóstico positivo de reinserción, la medida no se ejecutará. En el caso de que subsista su peligrosidad, el Juez o Tribunal sentenciador, fijará el contenido de la medida de libertad vigilada,

---

(64) En el caso de que el reo estuviera condenado a varias penas privativas de libertad de cumplimiento sucesivo, hasta que no cumpla todas ellas, no comenzará a cumplirse la medida de libertad vigilada. Si el penado hubiera sido condenado por varios delitos a varias medidas de libertad vigilada que no pudieran ser ejecutadas simultáneamente, por el contenido de las obligaciones o prohibiciones establecidas, se cumplirán de manera sucesiva, pudiendo el Juez o Tribunal modificar las obligaciones impuestas.

(65) En opinión de ETXEBARRIA, resulta sorprendente que, a pesar de que sea esencial para determinar o no la medida, sin embargo, no exista regulación alguna sobre la forma en que habrá que realizar esa prognosis de peligrosidad de esa persona *vid.* ETXEBARRIA ZARRABEITIA, 2010, p. 16.

fijando las concretas obligaciones o prohibiciones de entre las enumeradas en el apartado 1 del artículo 106 del Código Penal.

De igual forma y por el procedimiento del art. 98 CP el Juez o Tribunal sentenciador podrá: modificar las obligaciones y prohibiciones impuestas, reducir la duración de la libertad vigilada o incluso poner fin a la misma en vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente la continuidad de las obligaciones o prohibiciones impuestas (art. 106.3 CP).

El fundamento de esta regulación es inherente a la propia naturaleza de las medidas de seguridad, que tienen como fundamento de su imposición, la peligrosidad del sujeto; por lo tanto, es evidente que si la peligrosidad del individuo varía, la medida pueda cesar (dentro del límite establecido por el artículo 101.1 *in fine*, cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad, que en dicho caso no podrá exceder del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable), si cesa la peligrosidad del sujeto, o ser sustituida en el caso de que se piense que otra medida pueda coadyuvar al fin pretendido: eliminar la peligrosidad del individuo.

La concreción y adaptación de esta flexibilidad en la aplicación de las medidas de seguridad para la medida de seguridad de la libertad vigilada, viene establecida en el artículo 98 del Código Penal. Cuando se trate de una medida de seguridad privativa de libertad o de una medida de libertad vigilada que deba ejecutarse después del cumplimiento de una pena privativa de libertad (66), el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la misma. Para formular dicha propuesta, el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad o por las Administraciones Públicas competentes y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene (67). El Juez de Vigilancia Peniten-

---

(66) Con el argumento *a sensu contrario*, no habría que realizarlo en el caso de sujetos inimputables dado que esta medida no se cumplirá tras una pena, sino en todo caso, tras una medida de internamiento.

(67) De la redacción del artículo se deduce que no sólo tendrá en cuenta los informes que obren en el expediente, sino que también podrá recabar otros a fin de dictaminar sobre su mantenimiento, eliminación o sustitución. Se está dando un doble control judicial en este caso, puesto que el Juez de Vigilancia Penitenciaria elevará al Juez o Tribunal sentenciador y luego éste decidirá, lo que no ocurre en el supuesto del segundo párrafo del artículo 98, puesto que cuando se trate de otra medida no privativa de libertad, será el Juez o Tribunal sentenciador el que recabe directamente esos informes, sin propuesta del Juez de Vigilancia penitenciaria. Echamos de menos la

ciaria elevará esta propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, y éste resolverá motivadamente a la vista de la propuesta o los informes tras oír al penado, al Ministerio Fiscal y las demás partes. Se oír así mismo a las víctimas del delito que no estuvieren personadas cuando así lo hubieran solicitado y permanezcan localizables a tal efecto (68). Como indica Plasencia, la víctima puede proporcionar información para adoptar decisiones relevantes en cuanto a cuestiones como suspensión de la ejecución o la libertad vigilada (69).

Es importante destacar que en la concreción del contenido de la libertad vigilada y en su eventual sustitución, modificación, suspensión o cesación, intervienen tanto el Juez de Vigilancia Penitenciaria, debidamente informado por los servicios penitenciarios, como el Juez o Tribunal sentenciador al que corresponde hacer ejecutar lo juzgado. Precisamente este último, por haber juzgado, conoce con mayor detalle determinadas circunstancias del caso concurrentes con el pronóstico penitenciario del sujeto, que pueden resultar determinantes para la elección de la medida o medidas en que ha de concretarse la libertad vigilada.

Como crítica, hablando de su aplicación a sujetos imputables, podemos decir que la imposición de la medida no requiere habitualidad. La gravedad del delito cometido ya llevará aparejada una pena mayor, adecuada al desvalor de la acción, por lo que tenemos un plus de penalidad para el delincuente sexual o terrorista, como perfiles criminológicos a los que se va a aplicar la medida tras el cumplimiento de la pena, a los que, desde la reforma de 2015, se añaden los delitos contra la vida y de lesiones (personas del artículo 173.2 CP). En estos supuestos, Acale (70) señala que se está estableciendo una presunción *iuris et de iure* de no reinserción social del condenado.

---

intervención del Ministerio Fiscal que, debería haber emitido informe a este respecto al Juez de Vigilancia Penitenciaria, pues habrá seguido las vicisitudes penitenciarias del reo informando cuando haya sido requerido para ello.

(68) Se proporciona a las víctimas la posibilidad de dar su opinión respecto al mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la pena privativa de libertad o, de la medida de libertad vigilada. Entendemos que cuando se refiere a las víctimas, se está aludiendo, a diferencia de lo que mantiene María ACALE *op. cit.* 2010, p. 165, a las víctimas del concreto delito que no se hubieran personado, ejerciendo la acusación en su nombre el Ministerio Fiscal y no de «futuras víctimas» o «grupos de víctimas» ya que el legislador hace alusión «a que no estuviesen personadas».

(69) PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N., Diario *La Ley*, 2019.

(70) *Vid.* ACALE SÁNCHEZ, M., 2010, *RADPP*, p. 163.

#### 4.6 Medidas u obligaciones a las que se puede someter al sujeto al que se ha impuesto una medida de libertad vigilada

La libertad vigilada va a consistir en el sometimiento del condenado a control judicial, y este control se verificará a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las medidas del artículo 106 del Código Penal. Podemos agruparlas en función de la finalidad de las mismas como: de control físico del reo sujeto a la medida, de protección a la víctima, disuasorias o preventivas y de tratamiento (71).

a) *Entre las medidas u obligaciones de control físico o aseguramiento de la localización del sometido a la medida tenemos la de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan su seguimiento permanente [art. 106.1 a)].*

Esta obligación, que parece ser la obligación principal del artículo 106 CP ya que, si la medida de libertad vigilada consiste en estar sometido al control judicial, ¿qué mejor manera que la de estar siempre localizable? Sin embargo, plantea numerosas dudas respecto a su ejecución, ya que si lo que se busca es el control del reo, y que este esté siempre localizable para su control judicial, si lo que se busca es evitar su reincidencia, esto no va a frenar al reo de cometer los delitos, podrá tener cierto efecto disuasorio, pero no se va a inocular al delincuente. Además, pueden existir fallos en el sistema, y habrá que determinar el órgano o empresa que va realizar el seguimiento, si va a ser público o privado, determinar los medios económicos y establecer un protocolo estricto a la hora de determinar los posibles quebrantamientos, precisamente en los momentos en los que hay que cargar la batería del emisor.

Se echa en falta la existencia de un agente de la libertad vigilada, o como vimos en nuestra regulación penal histórica, de un Delegado que se encargue de las relaciones con el reo sometido a la medida. Sería imprescindible que se creara esa figura de manera reglamentaria y se dotara presupuestariamente a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias con el fin de realizar un auténtico seguimiento de las penas y medidas no privativas de libertad. La solución no es otra que dejar de pensar en un sistema de ejecución penal que gira en torno a la prisión y empezar a asumir que las condenas de otras penas, que

---

(71) *Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., 2010, RADPP, p. 193; distingue únicamente dos grupos, las prohibiciones y obligaciones que vigilan la libertad del penado y las que tienen como finalidad proteger a las víctimas. Nosotros hemos añadido las dirigidas a la reinserción, por entender que no entran en ninguno de estos grupos.*

ya son más numerosas que las privativas de libertad, deben ser prioritarias, configurando la prisión como último recurso para la delincuencia realmente grave. Además, hay que crear puestos de trabajo especializados que pueden estar ocupados por trabajadores, educadores sociales y sobre todo por criminólogos (72) que realicen, de una manera descentralizada y en oficinas creadas al efecto, las labores que vienen realizando unos servicios sociales penitenciarios desbordados.

Creando la figura del agente o delegado, este, de manera similar a lo que ocurre en Estados Unidos y a nuestra antigua regulación, puede tener información de primera mano del penado e intervenir directamente en su reeducación y reinserción social, de conformidad con el artículo 25 de la Constitución, y configurando esta medida de la libertad vigilada como una nueva oportunidad para el delincuente para reinsertarse gozando de un apoyo personalizado, y no de un mero control a través de una pantalla, que no sabemos quién va a controlar.

A nuestro juicio, esta medida está pensada para su cumplimiento posterior en el caso de imputables, con la finalidad de su control y aseguramiento y parcialmente de prevención general, enviando un falso mensaje a la sociedad de un control sobre ese delincuente peligroso, que no es tal.

b) La presentación periódica en el lugar que se establezca [art. 106.1 b) CP].

Esta medida recuerda mucho a la obligación *apud acta* que se puede imponer al detenido al que se decide poner en libertad provisional con presentación en el juzgado en los habituales uno y quince de cada mes, a fin de asegurar que no se evada a la acción de la justicia y de evitar los perniciosos efectos de la prisión provisional (art. 530 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

c) La de comunicar inmediatamente, en el plazo máximo y por el medio que el Juez o Tribunal señale a tal efecto, cada cambio del lugar de residencia o del lugar o puesto de trabajo [art. 106.1 a) CP].

En este supuesto la medida no tiene otra finalidad que la de comunicación del lugar de residencia o trabajo del reo, a efectos de control

---

(72) En el mismo sentido, *vid.* LUACES GUTIÉRREZ, A. I., 2012, p. 555. Por su parte, MAGRO SERVET, V., 2008, indica que el control de la libertad vigilada no ha de ser asumido por las Fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, sino que se debería encomendar a profesionales tales como criminólogos, psicólogos, educadores sociales, trabajadores sociales o técnicos de integración social, que unan una labor asistencial para los fines de reinserción social, con una labor de control.

y asegurativos (73). Esta obligación es también otra de las obligaciones que se imponen al imputado cuando se decreta su libertad provisional, a fin de evitar que no se presente ante el juzgado cuando sea llamado.

d) la prohibición de ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida o de un determinado territorio [art. 106.1 d) CP].

La regulación actual (74) es bastante limitativa de la libertad deambulatoria, y pese a estar prevista por el ordenamiento con anterioridad como una medida de seguridad de las que ahora se refunden como obligación o prohibición de realización de conducta dentro de la medida de libertad de seguridad, no se aplica frecuentemente, al ser más sencillo imponer la prohibición de limitar su acceso a una determinada población, que es lo que se suele hacer. Sería pues más sencillo imponer la medida prevista en la letra a), estar siempre localizable, con la prohibición de acceder a la localidad o localidades donde residiera la víctima o víctimas, establecida en la letra e) del artículo 106 CP

Esta obligación puede chocar con la finalidad de reeducación y reinserción social propugnada por el artículo 25.2 de la Constitución, ya que en la vida diaria y, por tanto, en el retorno a la normalidad y a una vida sin delitos, la movilidad es imprescindible, por ejemplo, para la consecución o mantenimiento de un puesto de trabajo que le evite al penado la exclusión social, y por tanto la mayor probabilidad de reiteración delictiva. Por tanto, la adopción de esta medida habrá de ser sopesada de manera previa a su adopción por parte del Juez a las circunstancias del caso en concreto.

No existiría vulneración del principio *ne bis in idem* al tener un fundamento de imposición distinto en la pena privativa de libertad y en la medida de seguridad de libertad vigilada, que sí se infringiría si la imposición de la medida se hiciera tras cumplir con su pena y no en

---

(73) Vid. CORCOY BIDASOLO, M., GÓMEZ MARTÍN, V., RODRÍGUEZ OLMOS, 2013, p. 567.

(74) En cuanto a la letra d), la prohibición de ausentarse sin autorización del tribunal del lugar donde viva, o de un determinado territorio, es similar en parte, a la medida existente en la redacción anterior que consistía en la «obligación de residir en un lugar determinado» [art. 105.1 b) y 96.3 del CP en su anterior redacción], según LEAL MEDINA, J., 2008, ésta medida era «una medida asegurativa, cuyo contenido restrictivo y aflictivo hace que la peligrosidad del sujeto sea más controlada y circunscrita a un entorno señalado». Pero a diferencia de la regulación anterior que comportaba, en positivo la obligación de residir en un lugar determinado, pero que no impedía al penado desplazarse, mientras que la actual formulación, le obliga a permanecer en un sitio o área determinada.



la actual regulación, ya que la aplicación a posteriori de la medida de seguridad de libertad vigilada está prevista de manera expresa en la sentencia condenatoria (75).

En cuanto a las medidas disuasorias o preventivas de la comisión de nuevos delitos, junto con la medida del artículo 106.1 a), ya que al estar localizado y seguido permanentemente por GPS, se sabrá si estaba en la zona donde se haya cometido otro delito y será un factor de prueba importante de cara a futuras condenas que podrá disuadir al sujeto de la comisión de nuevos delitos, tenemos también que, como su propio nombre implica, «la prohibición de desempeñar determinadas actividades que puedan ofrecerle o facilitarle la ocasión para cometer hechos delictivos de similar naturaleza [art. 106.1 i) C.P «oportunidad» para su comisión] (76).

Respecto a las medidas de protección a la víctima contamos con la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal (art. 106.1 e) CP). Como pena, el artículo 48.2 CP establece claramente su contenido. Con respecto a la prohibición de aproximación, esta consiste en «impedir al penado acercarse a dichas personas, en cualquier lugar donde se encuentren, a su domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso respecto de los hijos el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena».

En opinión de Leal (77), se trata de una medida de carácter estrictamente defensiva y asegurativa, cuya única finalidad es la de preservar la seguridad de la víctima.

1. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. (art. 106.1 f) CP).

En lo referente a la prohibición de comunicación el artículo 48.3 del Código Penal, en su regulación como pena, impide al penado establecer con las personas que se determine, por cualquier medio de

---

(75) En ese sentido *vid.* BOLDOVA PASAMAR, 2009, p. 299.

(76) *Vid.* ACALE SÁNCHEZ, M., 2010, *RADPP*, p. 195, entiende que nos hallamos ante una modalidad nueva, (...) cuya finalidad es ejercer un control sobre las actividades que desempeña el penado. Desde un punto de vista de la prevención especial, alejándole de las actividades que le puedan facilitar la comisión del delito, que pueden ser laborales, familiares o de ocio meramente, se controla su libertad, vigilándola y evitando la reincidencia y, por ende, el fracaso de la reinserción social.

(77) *Vid.* LEAL MEDINA, J., 2008, p. 415.

comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

2. La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos (art. 106.1 g) CP). Y la prohibición de residir en determinados lugares, (art. 106.1 h) CP).

Estas medidas también existían formuladas de manera similar como medida de seguridad en la anterior redacción del artículo 96.3. 5.º y 4.º del Código Penal y como pena en el artículo 48 del Código Penal.

3. La prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos (art. 106.1 g) CP) parece estar pensada para sustraer al penado de los lugares que ejercen una influencia negativa sobre él y pueden inducirle a reincidir. En la regulación anterior, para personas con la imputabilidad disminuida o anulada, podríamos estar hablando de establecimientos de juego, bares, puntos de venta de droga; y con la actual regulación, podríamos estar hablando de prohibición de acudir, por ejemplo, en el caso de autores de delitos sexuales contra menores imputables, a centros escolares, parques públicos u otros lugares donde se encuentren niños, a fin de evitar la reiteración delictiva y, con ello, prevenir la comisión de nuevos delitos.

Respecto a la prohibición de residir en determinados lugares, en el artículo 48 CP, (tanto en su redacción anterior, como en la redacción actual del artículo 48.1), explica en qué consiste, en «la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que se haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos».

Por su parte, Acale (78) señala que la interpretación de territorios, lugares y establecimientos plantea problemas y entiende por «territorios» el equivalente a zonas geográficas, por «lugares» serían sitios en concreto y por «establecimientos» entiende recintos cerrados como bares u otros. Para Leal (79) tiene un contenido aflictivo y que limita su libertad deambulatoria, con una finalidad asegurativa esencialmente y que refuerza la protección de los derechos de las víctimas. También puede tener un efecto rehabilitador si se le extrae de un ambiente criminógeno.

Para estas cuatro medidas, en su modalidad de penas, el artículo 48 del Código Penal en su punto cuarto permite que el Juez o Tribunal acuerde que sean controladas a través de medios electrónicos.

---

(78) Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., 2010, *RADPP*, p. 197.

(79) Vid. LEAL MEDINA, J., 2008, p. 410.

#### 4. Medidas de reinserción y tratamiento

a) Incluyo como medida de reinserción, la única de todas las medidas expuestas que tiene algo de contenido rehabilitador, como sería «La obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares» [art. 106.1 j) del Código Penal].

Esta medida ya estaba contemplada en similares términos como medida de seguridad no privativa de libertad en la anterior redacción del artículo 96.3.12.º del Código Penal. También la podemos encontrar como una de las condiciones que se pueden imponer para suspender la ejecución de la pena (art. 80.1.5.ª Código Penal), y que se aplicará en todo caso, como una de las condiciones a cumplir para suspender la pena en los delitos de violencia de género (art. 80.1 in fine del Código Penal).

Establecer la obligación de participar en programas formativos para sujetos imputables, parece cuando menos poco práctico e incluso rozando la inconstitucionalidad, por ser contrario a los artículos 10.1 y 25.2 de la Constitución. En cualquier caso, la sumisión a dichos programas debería de ser voluntaria para conseguir cualquier tipo de efectividad. Y ello porque sólo de la voluntariedad se podría conseguir una participación activa y provechosa en estos programas que, caso de ser forzosos, lo único que se conseguirá es su asistencia física a las clases, sin que nada de su contenido, y por tanto su posible efecto de reeducación y reinserción social, se produzca.

Para Leal (80), la finalidad del sometimiento a esos programas es de reeducación y reinserción social y para evitar futuros delitos. Aboga por que sea la Administración quien los coordine a pesar de que se impartan en centros privados o públicos.

b) La obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico [art. 106.1 k) del Código Penal].

Esta medida ya estaba contemplada en similares términos como medida de seguridad no privativa de libertad en la anterior redacción del artículo 96.3.1.1.ª del Código Penal.

Respecto a esta obligación mi opinión es absolutamente clara y tajante, sólo podrá ser aplicada de manera obligatoria a sujetos inimputables y semi-imputables. En el caso de personas imputables, sería contrario a lo establecido en el artículo 10.1 y 25.2 de la Constitución

---

(80) *Vid.* LEAL MEDINA, J., 2008, p. 414.

Española si el penado no presta su consentimiento (81). Sería aconsejable seguir la fórmula que establece el artículo 49 del Código Penal para los trabajos en beneficio de la comunidad, que no pueden imponerse sin el consentimiento del penado. Por lo que sería necesario o bien el consentimiento previo, o bien que se hubiera establecido una cautela en la norma, que indicase que el hecho de participar o consentir en el tratamiento médico, fueran tenidos en cuenta para la reducción de la duración de la medida de libertad vigilada (82).

#### 4.7 La medida de seguridad de libertad vigilada y el vigente sistema penitenciario español

La medida de seguridad de libertad vigilada postpenitenciaria, comenzará a ejecutarse, en su caso, tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad. El reo ha «pagado» su pena, y la medida de la libertad vigilada no deberá conllevar un empeoramiento de la situación personal del reo dentro de los diferentes grados en los que va evolucionando un interno en un establecimiento penitenciario, y de acuerdo con los principios constitucionales a los que deben estar orientadas las penas y medidas de seguridad. Sin embargo, entra dentro de lo posible que la medida de seguridad de libertad vigilada supusiera un empeoramiento en las condiciones del reo, lo que iría totalmente en contra del artículo 25 de la Constitución Española (83).

---

(81) En el mismo sentido, PORTERO LAZCANO, G., 2009, p. 72, indica que, si deseamos «que un tratamiento médico sea eficaz, es preciso que sea voluntario, o por lo menos, no impuesto».

(82) En el informe del Consejo General del Poder judicial sobre el Anteproyecto de Ley de reforma del Código Penal (página 50) se proponía el modelo promocional no coactivo que se aplica en Alemania, donde se establece para ciertas clases de delitos y sujetos activos una doble vía: libertad vigilada de determinada duración si el sujeto se somete a tratamiento médico, o de duración más prolongada si no se somete. Debe subrayarse que la segunda opción no es una sanción por negarse al tratamiento médico.

(83) El Consejo General del Poder Judicial en su informe al anteproyecto de 2008 planteaba que, «la libertad vigilada tiene que cumplirse de forma compatible en cuanto a las obligaciones que impone al condenado con el sistema progresivo de cumplimiento de las penas de prisión». Así pues, tal y como indica dicho informe, «allí donde el progreso individual del sujeto le haya hecho merecedor de la libertad condicional o del tercer grado penitenciario, la libertad vigilada no debería poder ser más gravosa que éstos, si no concurren nuevos elementos de juicio que acrediten la necesidad de un régimen más restrictivo debido a un juicio de peligrosidad inexistente en las fases previas de cumplimiento de la pena de prisión».

A. En lo que respecta a los permisos penitenciarios ordinarios (arts. 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 154 del Reglamento penitenciario), estos permisos sirven para preparar la vida en libertad. El legislador nada ha contemplado respecto a estos días de permiso con respecto a la libertad vigilada, lo que no deja de ser un contrasentido y pone de manifiesto que la finalidad de la medida nada tiene que ver con reeducación o reinserción social, puesto que el delincuente puede salir, cumpliendo los requisitos y sin control de GPS alguno, sí con la medida de alejamiento impuesta en Sentencia, si la hubiera, de cumplimiento simultáneo de la pena.

B. Respecto al *régimen abierto*, si el penado accede al mismo será porque existe un pronóstico favorable de buena conducta, por lo que será difícil compadecerlo con un empeoramiento de la aplicación de la medida de seguridad vigilada tras el cumplimiento de la condena.

C. Libertad condicional. El hecho de que se pase de una libertad condicional [en la que el Juez de Vigilancia Penitenciaria «puede» imponer por parte, de manera motivada según el artículo 90.2 del Código Penal, la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas de los artículos 83 (entre las que se encuentra la de vigilancia de conducta (84) en el artículo 83.4.<sup>a</sup> del Código Penal y que consiste en «comparecer personalmente ante el Juzgado o Tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas», y la medidas de seguridad del artículo 96.3 del Código Penal entre las que se encuentra la libertad vigilada] a otra situación, de libertad vigilada que puede ser más gravosa para el reo que las condiciones que venía sufriendo el penado.

## 5. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA MEDIDA

### 5.1. Desarrollo de la medida

El desarrollo reglamentario de la medida de libertad vigilada se realiza por parte 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

---

(84) GUDIN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F., 2009, pp. 18-19, indica que, en base a ese artículo, Instituciones Penitenciarias desarrolló varios programas de seguimiento vía GPS a internos en libertad condicional.

penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas. La reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio suprimió la intervención del Juez de Vigilancia en la dinámica del procedimiento revisor de las medidas de seguridad no privativas de libertad, dando así acogida al criterio establecido por el Tribunal Supremo, que a su vez asumió en este sentido, anteriores advertencias doctrinales, y de los propios Jueces de Vigilancia. Tan solo se ha conservado su presencia en la custodia familiar y en relación con la libertad vigilada postpenitenciaria, atendida en este último caso la inmediata relación del Juez de Vigilancia con las Instituciones Penitenciarias a las que se confió el cumplimiento material de la pena de prisión, tras cuyo término se activa esta modalidad de libertad vigilada. En lo que se refiere a la libertad vigilada postpenitenciaria, se establece en el artículo 23 que la Administración Penitenciaria, tres meses antes de finalizar el cumplimiento de la pena privativa de libertad y a solicitud del Juez de Vigilancia Penitenciaria, elevará a éste un informe técnico sobre la evolución del penado, a los efectos previstos en el artículo 106, párrafo 2, del Código Penal. El referido informe será elaborado por la Junta de Tratamiento, u órgano autonómico equivalente, del Centro Penitenciario en el que el penado se encuentre cumpliendo condena, o del que esté adscrito si se encuentra en libertad condicional. Las comunicaciones se realizarán al establecimiento penitenciario en el que estaba ingresado, no al servicio de gestión de penas y medidas alternativas donde resida el penado (art. 24).

La Secretaría General del Instituciones Penitenciarias elaboró la Instrucción 19/2011 –cuya modificación se está estudiando en estos momentos– sobre el cumplimiento de las medidas de seguridad competencia de la Administración penitenciaria. A ese respecto establece que, el informe que elaborará la Junta de Tratamiento, contendrá la propuesta motivada que hay que aplicar al interno, que esta realice respecto a las medidas concretas del artículo 106 del Código Penal, atendiendo al pronóstico de peligrosidad actual del interno. Si el condenado tiene varias penas privativas de libertad de cumplimiento sucesivo, habrá que esperar a determinar su implementación cuando el penado obtenga el licenciamiento definitivo de la totalidad de las penas que se le hayan impuesto (85).

El Real Decreto 952/2018, de 27 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica del Ministerio del Interior, atribuye a la Direc-

---

(85) Instrucción 19/2011, Secretaría General de IIPP. Disponible en internet [fecha última consulta: 9-3-2020] [http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/instruccionesCirculares/CIRCULAR\\_19-2011.pdf](http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/instruccionesCirculares/CIRCULAR_19-2011.pdf)

ción General de Ejecución Penal y Reinserción social el seguimiento y control de la medida de seguridad de libertad vigilada post-penitenciaria (art. 6.1 letra i) (86).

Aunque el Reglamento todavía no pudo prever la ampliación de los supuestos a los que se aplica la medida de seguridad de libertad vigilada en el año 2015, en su artículo 25 se establecía la coordinación de la Administración penitenciaria con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las Oficinas de Asistencia a las Víctimas y la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género en el caso de que la medida de seguridad se haya impuesto por lesiones en el ámbito de la violencia de género.

## 5.2 Algunos datos estadísticos

Existen pocos datos publicados con respecto a la aplicación real de la medida de libertad vigilada en nuestro país. El Consejo General del Poder Judicial no realiza estadísticas sobre la imposición de medidas de seguridad en sentencias, tampoco vienen recogidas en el Instituto Nacional de Estadística, ya que son datos de condenados de datos del Registro Central de Penados y Rebeldes.

Según datos de Instituciones Penitenciarias, recabados a fecha de diciembre de 2018, la medida de seguridad fue aplicada en 852 casos en el intervalo comprendido entre los años 2010 y 2019. En los años 2010 a 2013 los casos en los que se impuso fueron escasos, tenemos que pensar que los procedimientos penales en los que era susceptible su aplicación, eran delitos muy graves: terrorismo y delitos contra la libertad sexual, que suelen tener una instrucción que se dilata en el tiempo. Por lo tanto, no sorprende que no empezaran a tener un recorrido judicial hasta cuatro años después.

Tabla 1. *Condenas en las que figura la medida de seguridad postpenitenciaria de libertad vigilada desglosada por año y tipo de delito.*

Delitos	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	Total
Abusos sexuales					5	12	36	34	43	3	133
Abusos sexuales de violencia de género						1	1		2		4

(86) *Vid.* NISTAL BURÓN, J., 2020, quien entiende que la Administración penitenciaria únicamente tiene que ejecutar la libertad vigilada postpenitenciaria stricto sensu, y no la que se aplique a sujetos inimputables o semiimputables o la que el autor denomina como postpenal, porque no hayan pasado por un Centro penitenciario.

<b>Delitos</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>	<b>2017</b>	<b>2018</b>	<b>2019</b>	<b>Total</b>
Abusos y agresiones sexuales a menores de 13 años				10	15	26	38	72	80	3	<b>244</b>
Abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años					1	5	9	18	48	2	<b>83</b>
Actos sexuales con engaño a mayores de 13 y menores de 16								1			<b>1</b>
Agresión sexual		1	2	2	13	19	39	36	54	5	<b>171</b>
Agresión sexual de violencia de género					1	1	5	9	10	1	<b>27</b>
Amenazas de violencia de género				1	1	1		2			<b>5</b>
Asesinato			1	1	2	2	1	4	10		<b>21</b>
Asesinato de violencia de género								2	6	1	<b>9</b>
Detención ilegal de violencia de género								2			<b>2</b>
Exhibicionismo o pornografía de menor de 13 años						1	4	1	2	1	<b>9</b>
Exhibicionismo o pornografía de menor de edad o discapaz				2	3	5	5	12	14	4	<b>45</b>
Exhibicionismo y provocación sexual						1	1	3	2		<b>7</b>
Hacer presenciar o participar en actos sexuales a menores de 13 años									1		<b>1</b>
Homicidio	1			1	2	2	6	12	19		<b>43</b>
Homicidio de violencia de género				1				4	5		<b>10</b>
Malos tratos de violencia de género						5	1	2	5	1	<b>14</b>



<b>Delitos</b>	<b>2010</b>	<b>2011</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>	<b>2017</b>	<b>2018</b>	<b>2019</b>	<b>Total</b>
Prostitución de menor de edad o con discapacidad						1	2	2	5		<b>10</b>
Prostitución de menor de 13 años								3	1		<b>4</b>
Terrorismo								3			<b>3</b>
Violación									2		<b>2</b>
Violencia habitual de género							2	1	1		<b>4</b>
<b>Total general</b>	<b>1</b>	<b>1</b>	<b>3</b>	<b>18</b>	<b>43</b>	<b>82</b>	<b>150</b>	<b>223</b>	<b>310</b>	<b>21</b>	<b>852</b>

Fuente y elaboración: Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

No sorprende la escasez de condenas en el año 2019, ya que los datos se recabaron a finales de 2018 y la información fue aportada por la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias el 19 de febrero de 2019.

Como vemos de los datos aportados, los tres tipos de condenas donde se impone judicialmente la medida de seguridad de libertad vigilada y que son tres cuartas partes de las condenas son, en primer lugar: los delitos sexuales contra menores de 13 años (hasta 2015) y hasta mayores de 16, con 327 condenas en total (38,38%). En segundo lugar, en los supuestos de agresiones sexuales existen 171 condenas y 27 más en el ámbito de la violencia de género, entendemos que sucedidas en el seno de una relación conyugal o análoga, lo que haría un total de 198 condenas (20,07%). En tercer lugar en los supuestos de abusos sexuales con 137 condenas, cuatro de ellas por violencia de género, con un total de 140 condenas (16,43%).

Tabla 2. *Libertades postpenitenciarias implementadas en la práctica tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad por año y tipo de delito.*

<b>Delito</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>	<b>2017</b>	<b>2018</b>	<b>2019</b>
Abuso sexual			1	4	6	
Agresión sexual		1	3	2		1
Exhibicionismo			1			
Asesinato		1			1	
Lesiones		1				

Delito	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Tia	1					
Tenencia pornografía infantil					1	
Amenazas vg					1	
Prostitución y corrupción de menores					2	
Provocación sexual				1		
Total	1	3	5	7	11	1

Fuente: Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

Ahora bien, también surge la cuestión de cuántas de estas medidas que han sido acordadas en sentencia han sido realmente implementadas. Pues bien, hasta febrero de 2019 y desde su incorporación al ordenamiento español en 2010, solo han sido implementadas 28 medidas de seguridad de libertad vigilada postpenitenciaria. Ninguna de ella en los años 2010 a 2013. Se han implementado principalmente 11 medidas por condenas de abusos sexuales, y 7 por agresión sexual. Entendemos que las condenas en las que se impone, las penas privativas de libertad son muy largas, y la medida no se valorará si se implementa o no, hasta su cumplimiento.

Así pues, el presente de la medida va desarrollándose, y será interesante desarrollar una investigación sobre su desenvolvimiento en los próximos años. Estamos hablando de delitos con penas privativas de libertad largas, cuyo cumplimiento prácticamente íntegro es probable, y que hay que esperar hasta su finalización para determinar si la implementación de la medida es necesaria. Parece normal que se esté viendo su implementación en delitos como los abusos sexuales, que tienen una pena privativa de libertad menor que la de otros delitos en la que es de aplicación. Parece un error en la mecanización de los datos estadísticos que se nos han proporcionado sobre la aplicación real de la medida en el año 2015 con un caso de asesinato, ya que fue ese año cuando se introdujo la ampliación de su ámbito de actuación a los delitos contra la vida.

Igualmente han surgido cuestiones sobre la competencia territorial de la libertad vigilada postpenitenciaria que ha quedado acordada en caso de ingreso en centro penitenciario, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria correspondiente al centro. Según se acordó en el encuentro de Jueces de Vigilancia Penitenciaria de 2017, si no entra a prisión, será competente el del domicilio y una vez realizada la propuesta ini-

cial, el Juzgado de Vigilancia penitenciaria que la realice seguirá siendo competente, aunque el penado cambie de domicilio. En caso de recibirse la comunicación del sentenciador con anterioridad a la finalización del plazo de suspensión, se devolverá a aquél para que lo remita tres meses antes de la expiración del plazo, dada la posibilidad de que la competencia del JVP o las circunstancias concurrentes (revocación) hayan variado. También se aplicará en el caso que el sentenciador haya remitido dicha comunicación sin que haya procedido suspensión previa.

## 6. CONCLUSIONES

La medida de seguridad postpenitenciaria de libertad vigilada ha venido para quedarse en nuestro sistema, no la queríamos y posiblemente, no la necesitábamos, porque se podría haber implementado la utilización de otras medidas o las mismas reglas de conducta que la componen a cumplir sucesivamente tras el cumplimiento de la pena. No obstante, está en nuestro sistema, y hay que pensar en la mejor manera de utilizar esta medida en nuestro ordenamiento.

En primer lugar y pese a las presuntuosas aspiraciones del legislador, tener a alguien sometido a libertad vigilada no va a impedir que este cometa otros hechos delictivos. Podrá estar más o menos localizado, o sometido a diversas obligaciones o prohibiciones, pero ello no va a ser óbice para eliminar el riesgo de que cometa los mismos o diferentes delitos. Ningún Estado puede asegurar un riesgo cero a sus ciudadanos.

Respecto a la naturaleza de la medida de libertad vigilada, ¿es la libertad vigilada una pena o una medida de seguridad? El debate, que fue importante y polémico en el Anteproyecto de 2008, quedó zanjado con la configuración, acorde con su naturaleza, como fue expuesto por la doctrina, de medida de seguridad, atendiendo a que responde a la peligrosidad del individuo. Con su modificación y configuración como medida de seguridad, hace posible aplicarla a inimputables y semi-imputables, además de a los imputables peligrosos que fue para quienes esta medida de seguridad fue ideada.

Las decisiones apresuradas en materia criminal, y sin evidencia científica que la soporten, conlleva que se ocasionen fricciones o mal adaptaciones con otros órdenes como el constitucional y el penitenciario, como ya hemos visto. Habría que contemplar la imposición de la medida de libertad vigilada, acorde con la finalidad de prevención especial, a los periodos que el penado disfrute de permisos penitencia-

rios y tercer grado, pudiendo quedar sujeto el periodo de libertad condicional a esta medida, vía artículo 90.3 del Código Penal. De la misma forma, entendemos que, si el condenado ha accedido a un tercer grado o a una libertad condicional sin controles similares a los de la libertad vigilada, esto sería difícilmente compatible con una regresión de grado *de facto* que supondría una imposición de libertad vigilada cuando estuviera en libertad, puesto que hay que atender a la peligrosidad de ese momento. Entendemos que, de la regulación de la libertad vigilada y de la legislación penitenciaria, parece deducirse que, la libertad vigilada sólo va a aplicarse a sujetos que no sean merecedores del régimen abierto ni de la libertad condicional (salvo que, habiendo disfrutado del régimen abierto o de la libertad condicional, hayan cometido algún delito en ese periodo que modifique su pronóstico favorable de reinserción social), por lo que se estaría reconociendo *de facto*, el fracaso resocializador de la pena privativa de libertad.

Entendemos que debería darse una (mayor) intervención del Ministerio Fiscal en el ámbito de la medida de libertad vigilada postpenitenciaria. El Ministerio Fiscal, con su conocimiento de la trayectoria del delincuente, podría solicitarla (o no, si es potestativa) en su escrito de acusación, dependiendo del estudio del asunto y a la vista de la hoja histórico penal de delincuente. E igualmente, en el momento de la concreta ejecución de la medida, podría informar sobre la necesidad, o no de su implementación, a la vista de la evolución del interno y de los informes que obren en el expediente.

De la misma manera, entendemos que la medida de libertad vigilada se ha quedado desaprovechada, podría haber gozado del talante eminentemente educador que tiene en la jurisdicción de menores y que, tal y como el Consejo General del Poder Judicial indicaba en su informe, se podría haber aplicado a delincuentes juveniles, mayores de edad, hasta los veinticuatro o veinticinco años de edad, en calidad de sustitutivo de la pena de prisión, con lo que evitaríamos la potencia criminógena de la prisión en delincuentes juveniles primarios. Igualmente, podría haber sido aplicada a penados con la pena de prisión suspendida para dificultar su reincidencia teniendo la pena suspendida, al establecer mayores condiciones de control positivo que mantengan al sujeto alejado de la comisión de ilícitos penales, más allá de la espera del transcurso del plazo sin delinquir.

Por los delitos a los que se aplica, delincuentes sexuales, terroristas, homicidio y lesiones en el ámbito personal del artículo 173.2 del Código Penal, parece que se están estableciendo perfiles criminológi-

cos que identifican a estas personas como peligrosas y supone un giro hacia un derecho penal de autor que no es deseable.

La construcción de la figura, la medida de seguridad de libertad vigilada, es a nuestro juicio artificiosa. Se trata de una medida de seguridad creada *ad hoc* para situaciones puestas de manifiesto en asuntos con nombre y apellidos. Técnicamente, no habría sido necesario el artículo 106 del Código Penal en lo relativo al contenido de las medidas que pueden ser impuestas en la libertad vigilada, sino que añadiéndose las de nueva creación, podrían haber formado parte del catálogo que existe en el vigente Código Penal, en lugar de sustituir todas estas medidas por la medida de libertad vigilada.

La precipitación en la puesta en práctica de la medida que nació primero como pena es evidente, puesto que no se ha implementado mecanismo alguno, o agencia que se vaya a encargar de que la medida se cumpla, como sí ocurre en otros países. La medida solo se ha establecido en sentencia en 852 condenas (sí se observa en la tabla 1 un incremento paulatino en el número de sentencias en las que aparece), e implementado únicamente en 28 ocasiones hasta febrero de 2019 (en los delitos que llevan una menor pena aparejada, y en lo que pueden ser errores informáticos dado que la medida no estaba disponible para esos delitos en el año en el que se implantaron según los datos estadísticos). Igualmente, sería necesario que se creara un cuerpo de agentes, preferiblemente independientes de instituciones penitenciarias que, a modo de un servicio de *probation*, se encargaran de llevar a cabo el control de la medida de libertad vigilada postpenitenciaria, y de suspensiones de ejecución de las penas privativas de libertad, de cumplimiento de penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de otras penas alternativas –y que podría ser un fantástico nicho de empleo para el gran número de graduados en Criminología que están generando nuestras universidades–, y dejando a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias lo relativo a las penas privativas de libertad o medidas de seguridad que conlleven internamiento en centro penitenciario psiquiátrico.

Respecto al caso de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, a los condenados a pena de prisión en cuya condena constara la medida de libertad vigilada postpenitenciaria, el Tribunal Supremo en STS 756/2014, de 11 de noviembre de 2014 (Id. Cendoj: 28079120012014100735), revisando un caso de la Audiencia de Barcelona que condenó a un hombre que cometió dos abusos sexuales a menores (dos niñas de diez, y doce años) por los que fue condenado a un año de prisión por cada uno de ellos, pena cuyo cumplimiento suspendió por ser una pena inferior a dos años y no estableció la libertad

vigilada. El Ministerio Fiscal recurrió el fallo ante el Supremo, y el alto tribunal dictaminó que hay que imponer esta medida, aunque se suspenda el ingreso en prisión. El alto tribunal recuerda además que el Código Penal no incluye a la libertad vigilada entre los supuestos susceptibles de ser suspendidos ya que es una medida de seguridad, no una pena. En estos supuestos el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria no sería competente, por lo que debe ser remitido al Tribunal sentenciador (art. 98.2 CP) (87).

A nuestro juicio, en 2015 se echó a perder una magnífica oportunidad de reestructurar de manera lógica y homogénea la medida de seguridad de libertad vigilada, bien eliminándola (al fin y al cabo solo se ha implementado en 28 ocasiones desde su creación en 2010), o bien mantenerla pero con un cuerpo jurídico metodológicamente bien armado (88), orientado al precedente triunfador de su homónima en la legislación de menores, centrada en la rehabilitación del delincuente y no en un mero control sin acompañamiento ni refuerzo psicosocio-educativo.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, M., «Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho. Especial referencia al tratamiento penológico del delincuente imputable peligroso», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 2010.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F., «Contribución al estudio sobre la aplicación del Código Penal de 1822», *Cuaderno de la Política Criminal*, 1978.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., ANTÓN BOIX, J. R., CANCIO MELIÁ, M., CASTRO MORENO, A., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., GARROCHO SALCEDO, A., GUERRA, M., *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 privada y L.O. del poder judicial (jurisdicción universal)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- ANTÓN ONECA, J., «El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (3), 1965.
- «El Código penal de 1870», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo XXIII, fascículo 2, 1970, pp. 229-252.
- BARROSO Y ARRIETA, J. M., *Código Penal vigente. Texto, orígenes y doctrina legal; tablas de penalidad*, Barcelona, J. Casamajó, 1907.
- BASTERO ARCHANCO, J., *La libertad vigilada. Sus problemas*, Zaragoza, Talleres editoriales de «El Noticiero», 1943.
- BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, Madrid, Tecnos, 2008.

(87) GÓMEZ-ESCOBAR MAZUELA, P., 2019, p. 4.

(88) Respecto a problemas técnicos en su aplicación *vid.* SÁEZ MALCEÑIDO, E., 2019, pp 8-23.

- BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., «La nueva «medida de seguridad» de «libertad vigilada» aplicable al sujeto imputable tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad: la admisión de los postulados del «Derecho penal del Enemigo» por la LO 5/2010» *Cuadernos de Política Criminal*, 2011, pp. 95-132.
- BENITO FRAILE, E., «Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822», *Foro*, Nueva época, 41-68, 2008.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., PÉREZ CEPEDA, A. I., «Derecho penal, concepto y funciones», en: Berdugo Gómez de la Torre, I., *Introducción al Derecho penal*, tomo I, Iustel, Madrid, 2015.
- BERIÁN MANTECA, R., *Ejecución de medidas judiciales con menores en la comunidad de Madrid*, en M. T. Martín López, *La responsabilidad penal de los menores* (pp. 141-160), Cuenca, Universidad de Castilla la Mancha, 2001.
- BOLDOVA PASAMAR, M., «Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la libertad vigilada», *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciènces Penals de la Universitat de València*. Obtenido de [www.uv.es/recrim](http://www.uv.es/recrim), 2009.
- BORJA JIMÉNEZ, E., *Curso de Política Criminal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- BUENAVENTURA SELVA, N., *Comentarios al Código Penal reformado y planteado provisionalmente por ley de 3 de junio de 1870*, Madrid, Imprenta española, 1870.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I* (3.ª ed.), Madrid, Tecnos, S.A., 1990.
- Código Penal español, Madrid, Imprenta Nacional, 1822.
- Código Penal Reformado, Madrid, Imprenta del Ministerio de Justicia y Gracia, 1870.
- CORCOY BIDASOLO, M., GÓMEZ MARTÍN, V., y RODRÍGUEZ OLMOS, F., «Peligrosidad criminal y perfiles de ADN: Una propuesta *de lege ferenda*», en E. Demetrio Crespo, *Neurociencias y Derecho Penal* (pp. 547-573), Barcelona, Edisofer S.L., 2013.
- CORTES EXTRAORDINARIAS 1821, Diario de las Discusiones y Actas de las Cortes extraordinarias de 1821, Discusión del Proyecto de Código Penal, tomo II, Madrid, Imprenta Nacional, 1821.
- DE CASTRO Y OROZCO, JOSÉ, y ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel (1848), *Código Penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones*, Granada, Imprenta de D. Manuel Sanz, 1848.
- DELGADO DEL RINCÓN, L. E., «El artículo 25.2 CE: Algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad», *Revista jurídica de Castilla y León*, 339-369, enero de 2004.
- DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.
- *Culpabilidad y fines de la pena: Con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*, Lima, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2008.
- «La Constitución y el sistema de sanciones», en F. Fernando Velásquez, R. Vargas Lozano, *Derecho Penal y Constitución* (pp. 71-130), Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2014.

- DIEGO ESPUNY, F., «Los programas para menores en conflicto en Castilla la Mancha», en M. T. Martín López, *La responsabilidad penal de los menores* (pp. 187-216), Cuenca, Universidad de Castilla la Mancha, 2001.
- DÍEZ RIPOLLES J. L., *De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado*, 2005, pp. 10-11.
- DURÁN SECO, I., «La reforma de los delitos sexuales en el Anteproyecto de Ley Orgánica de 14 de noviembre de 2008», *La Ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario* (63), 2009.
- ETXEARRIA ZARRABEITIA, X., «Las medidas de seguridad como instrumentos de reinserción», *SEPIN*, 1-31, 2010.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., «La libertad vigilada en el derecho penal de adultos», en: *Estudios sobre las reformas del Código Penal: (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero)*, pp. 213-239, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2011.
- GARCÍA ALBERO, R., «La nueva medida de seguridad de libertad vigilada», *Aranzadi Doctrinal* (6), 2010, 183-196.
- GARCÍA RIVAS, N., «La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad», *Revista General de Derecho Penal*, Iustel (16), 1-27., 2011.
- GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la Pena*, Madrid, Tecnos, 1987.
- GARRIDO GENOVÉS, V., GÓMEZ PIÑANA, A., *Diccionario de Criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «La insoportable gravedad del Código Penal (I)», *El Mundo*, 22 de enero de 2009.
- GÓMEZ-ESCOBAR MAZUELA, P., «La ejecución de la libertad vigilada postpenal», *Diario La Ley*, 9527, 2019.
- GONZÁLEZ, T., MONTIEL, I., JIMÉNEZ, C., CARBONELL, E., «Grado de acuerdo de la población con la aplicación de diversas penas y medidas propuestas en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la integridad física y psíquica, contra la integridad moral y contra la libertad», en E. Orts Berenguer, *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia*, (pp. 717-766), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- GONZÁLEZ Y SERRANO, J., *Apéndice a los comentarios del Código Penal de don Joaquín Francisco Pacheco, o sea el nuevo código, comentadas las adiciones que contiene*, Madrid, Imprenta de M. Tello, 1870.
- GUDÍN RODRÍGUEZ-MANGARIÑOS, F., *La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada. Especial referencia a los sistemas de control telemáticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- IÑESTA PASTOR, E., *El Código Penal Español de 1848*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal conforme al Código de 1928*, Madrid, Editorial Reus, 1929.
- JORGE BARREIRO, A., *Las Medidas de Seguridad en el Derecho Español*, Madrid, Civitas Monografías, 1976.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «Por un derecho penal sólo penal: Derecho penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho administrador y sancionador», en VV.AA, *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, pp. 587-626, 2005.



- LEAL MEDINA, J., «Un estudio de las actuales medidas de seguridad y los interrogantes que plantean en la moderna dogmática del derecho penal», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 2008.
- «La Pena accesoria de libertad vigilada en el anteproyecto de reforma de Código Penal. Una respuesta de carácter preventivo frente a los delitos sexuales graves», *Diario La Ley*, 2010.
- LÓPEZ-REY, M., «La reforma del Código Penal Español», Madrid, *Editorial Revista de Derecho Privado*, 1932.
- LÓPEZ REY, O., «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», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, pp. 347-401, 2017.
- LÓPEZ SIERRA, M. D., *La medida de libertad vigilada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- LUACES GUTIÉRREZ, A. I., «Cuestiones controvertidas en torno al procedimiento para decidir sobre la medida de libertad vigilada. Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada»: *Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, 2011, (pp. 543-555), A Coruña, Universidade da Coruña, 2012.
- MAGRO SERVET, V., «La figura del agente de libertad vigilada en la reforma del Código Penal», *Diario la Ley* (7074), 2008.
- «La medida de la libertad vigilada para los hechos de violencia de género y su exclusión en la ley 5/10 de reforma del código penal. Una forma de proteger a las víctimas cuando el agresor ha cumplido su pena de prisión», *Sepin*, monográfico de abril, 2010.
- MANZANARES SAMANIEGO, J., «La libertad vigilada», *Diario La Ley*, 2010.
- MAPELLI CAFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas el delito (5.ª ed.)*, Madrid, Civitas-Thompson, 2011.
- MARCO FRANCIA, M. P., *Los agresores sexuales de menores: aspectos criminológicos y tratamiento jurídico penal*, UCLM, tesis doctoral inédita, 2015.
- MARTÍN LÓPEZ, M. T., «Modelos de justicia juvenil: análisis de derecho comparado», en M. T. Martín López, *La responsabilidad penal de los menores* (pp. 67-104), Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2001.
- MARTÍNEZ GARAY, L., *La libertad vigilada: regulación actual, perspectivas de reforma y comparación con la Führungsaufsicht del derecho penal alemán*, 2014.
- MIR PUIG, S., *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Madrid, Iustel, 2011.
- MONGE FERNÁNDEZ, A., «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010», *Revista de derecho y ciencias penales Universidad San Sebastián* (Chile) (15), 85-103.
- MONTERO HERNANZ, T., «La medida de libertad vigilada en la justicia juvenil», *Revista general de Derecho Penal IUSTEL*, 1-22, mayo de 2010.
- MORENO Y MORENO, M., «Libertad vigilada», Soria, *Publicaciones del Tribunal Tutelar de Menores de Soria*, 1952.
- NISTAL BURÓN, J., «La libertad vigilada: la dificultad de su aplicación práctica». *Revista La Ley*, 2010.

- NISTAL BURÓN, J., «La nueva medida de libertad vigilada. Problemática jurídica que conllevaría su cumplimiento», *Revista de actualidad jurídica Aranzadi* (793), 2010.
- «La libertad vigilada post-penitenciaria. De la teoría de su imposición a la práctica de su cumplimiento», *Revista La Ley Penal*, n.º 142, 2020.
- PECES-BARBA DEL BRÍO, G., *Ley de Vagos y Maleantes*, Colección «Lex», Leyes del Pueblo para el Pueblo, tomo VII, Madrid, 1933.
- PLASENCIA DOMÍNGUEZ, N., «Violencia de género y ejecución penal», *Diario la Ley*, n.º 9429, 2019.
- PORTERO LAZCANO, G., «La libertad vigilada en el Anteproyecto de Ley Orgánica que modifica el Código Penal. Perspectiva desde el ámbito de las ciencias de la conducta», en VV.AA., *El Anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos* (pp. 71-102); *Cuadernos Penales José María Lidón*, n.º 6, Deusto Publicaciones, 2009.
- POLO RODRÍGUEZ, J. J., HUÉLAMO BUENDÍA, A. J., *La Nueva Ley Penal del Menor*, Madrid, Colex, 2001.
- RODRÍGUEZ CASTRO, J., «¿Medida de libertad vigilada en violencia de género?» *Diario la Ley*, 2013.
- RODRÍGUEZ DRANGUET, A., *Defensa social. Tratamiento de los peligrosos. Legislación de Vagos y Maleantes, Ley y Reglamento*, Biblioteca de Derecho, Sociología y Política (1.ª ed.), Madrid, Góngora, 1935.
- SÁEZ MALCEÑIDO, E., «Desenlazando las medidas de libertad vigilada», *Diario la Ley*, n.º 9515, 2019.
- SALAT PAISAL, M., *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: Especial referencia a la libertad vigilada*, Universidad de Lleida, Derecho Público, Área de Derecho Penal, Lleida, Tesis Doctoral, 2014.
- «La libertad vigilada», en Quintero Olivares, *Comentario a la reforma penal de 2015* (pp. 203-212), Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, S.A., 2015.
- «Medidas post-penitenciarias aplicables a los delincuentes sexuales: una visión desde el derecho norteamericano», *Revista penal* (36), 182-206, 2015.
- SÁNCHEZ-LÁZARO, F. G., «Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la custodia de seguridad», *Revista Penal* (17), 2006.
- «Alarma social y Derecho penal», *InDret*, 2008.
- «Deconstruyendo las medidas de seguridad», *Revista para el análisis del Derecho. InDret*, 1-26, 2010.
- SANZ HERMIDA, Á., *El nuevo proceso penal del menor*, Cuenca, Ediciones de La Universidad de Castilla-La Mancha, 2002.
- SIERRA LÓPEZ, M., *La medida de libertad vigilada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, J., «El Retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales», en Berdugo Gómez de La Torre y Arroyo Zapatero, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in Memoriam* (pp. 699-710). Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, 2001.

- TERRADILLOS BASOCO, J., *Peligrosidad social y estado de Derecho*, Madrid, Akal Universitaria, 1981.
- TORRES ROSELL, N., «Libertad vigilada y seguimiento continuado de penados. Contenido e implicaciones político criminales», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 1-45, 2012.
- ZAPICO BARBEITO, M., «¿Un derecho fundamental a la reinserción social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 de la CE», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (13), 919-947, 2009.

# Análisis normativo de la regularización penal tributaria como excusa absoluta

DANIEL FERNÁNDEZ BERMEJO

Doctor en Derecho  
Profesor de la UDIMA

## RESUMEN

*No son pocas las ocasiones en las que se habla de administrativización del Derecho penal, al configurarse algunas formas delictivas que bien pudieran regularse en otra rama del ordenamiento jurídico, o cuando se incorporan aspectos o elementos específicos en el delito que, lejos de responder a los principios del Derecho penal, permiten la impunidad al concurrir determinados presupuestos que excluyen el reproche penal por el juez o tribunal sentenciador. Ciertamente, la regularización tributaria es un fenómeno en el que, si reúne ciertos condicionantes, se concibe como una genuina excusa absoluta, con los privilegiados efectos punitivos que la misma conlleva. Merece la pena analizar este instrumento, que permite trasladar los efectos de la capacidad económica individualizada a la esfera punitiva.*

*Palabras clave: regularización; defraudación; excusa absoluta; obligación tributaria; cuota defraudada; prescripción.*

## ABSTRACT

*In many occasions we talk about the decriminalization of criminal law, when configuring some criminal forms that could be regulated in a different way of the legal system. In addition, far from responding to the principles of law criminal, circumvent the criminal penalty attending certain budgets that exclude the final application of the criminal law. Certainly, tax regularization is a phenomenon whereby if certain conditions are met, it is conceived as a genuine absolute excuse, with their privileged punitive effects. It is worth analyzing this tax instrument, which allows imput the effects of economic capacity to the punitive sphere.*

Keywords: *tax regularization; tax fraud; absolatory excuse; tax obligation; defrauded fee; prescription.*

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Naturaleza y régimen jurídico de la regularización tributaria.–3. Marco normativo de la regularización tributaria. 3.1 La regularización tributaria en la LGT tras su reforma por la Ley 34/2015. 3.2 Presupuestos de la regularización tributaria para alcanzar la exclusión de la responsabilidad penal. 3.2.1 El completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria. 3.2.2 La espontaneidad de la regularización tributaria.–4. La regularización tributaria transcurridos cuatro años. 4.1 Consideraciones generales. 4.2 Prescripción tributaria *versus* prescripción penal. 4.3 Cómputo del plazo de prescripción. 4.3.1 Comienzo del plazo de prescripción. 4.3.2 La interrupción del plazo de prescripción. 4.4 Naturaleza del ingreso extemporáneo.–5. Efectos de la regularización tributaria. 5.1 Alcance objetivo de la regularización tributaria: delito fiscal y delito contable. 5.2 Alcance subjetivo de la regularización tributaria.–6. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

Puede afirmarse que la regularización tributaria se configura como una manifiesta excusa absolutoria (1) en el delito fiscal, en virtud de lo dispuesto en el artículo 305.4 del Código Penal (en adelante, CP), que se analizará sucintamente en las páginas que siguen. Y es que a pesar de que el delito fiscal entra dentro del catálogo de los delitos de resultado, se contempla en el texto punitivo la posibilidad de que el sujeto desista de tal acción fraudulenta de forma voluntaria, rectificando su conducta inicialmente delictiva y pagando la deuda tributaria que corresponda.

La posibilidad de exonerar la pena mediante la regularización fiscal de la situación tributaria del contribuyente, no existió en España hasta la reforma operada en esta materia por la LO 6/1995, de 29 de

---

(1) Hay autores que consideran, no obstante, con cierta coherencia, que la naturaleza jurídica de esta causa de exención es una causa de anulación de la pena, que opera con posterioridad al delito y exime de manera retroactiva la punibilidad de la acción, no resultando, en puridad, una auténtica excusa absolutoria, habida cuenta que este concepto queda reservado al momento del nacimiento de la punibilidad, y no a un momento posterior. *Vid.*, entre otros, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. 5.<sup>a</sup> ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 651.

junio, por la que se modificaban determinados preceptos del CP relativos a los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social que, junto con el texto punitivo de aquel mismo año, se incluyó la regularización tanto para el delito fiscal como para el fraude de subvenciones y los delitos contra la Seguridad Social (2). Así, el argumento para emprender esta reforma, manifestado expresamente en la Exposición de Motivos de dicha ley (3), fue el de coordinar dos sistemas sancionadores: el administrativo y el penal (4).

La introducción en el texto penal de disposiciones de esta naturaleza genera, como podrá intuirse, opiniones de diversa índole muy contrapuestas entre sí, al ponerse de manifiesto un tratamiento diferenciado entre el delincuente fiscal o tributario, que puede solventar sus responsabilidades penales mediante una regularización, y el resto de delincuentes que cometen otros delitos, los cuales sólo pueden aspirar a una atenuación de la pena una vez estos se han cometido, y en muy pocas ocasiones (5).

Esta situación, que hasta cierto punto podría catalogarse de «privilegiada», ha dado lugar a que en distintos países de nuestro entorno, como es el caso de Alemania, se hayan puesto de manifiesto diversos planteamientos de inconstitucionalidad, por su posible atentado al principio de igualdad respecto a los autores de otras figuras delictivas, aunque, por el momento, sin mayor trascendencia a ojos del Tribunal Constitucional alemán (6).

La pretensión del legislador de favorecer el pago con el concepto de regularización tributaria voluntaria, con el fin último de luchar con-

---

(2) Al respecto, *vid.* MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*. 19.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 971.

(3) La Exposición de Motivos de la LO 6/1995 reza así: «*La figura del delito fiscal introducida en el artículo 319 del Código Penal, mediante la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, en sustitución del antiguo delito de ocultación fraudulenta de bienes o industria, ha requerido para su plena consolidación en nuestro ordenamiento la superación de los defectos iniciales de su construcción y la formación de una doctrina jurisprudencial elaborada mediante su aplicación por los Tribunales.*

*En la actualidad, para que la regulación de esta figura produzca los frutos deseados dentro de la política de lucha contra el fraude, es preciso realizar una serie de modificaciones normativas que, por una parte, afectan al tipo delictivo y, por otra, a la necesaria coordinación entre el ordenamiento penal y el tributario.*

(4) *Vid.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FERRÉ OLIVÉ J.C., *Todo sobre el fraude tributario*. Ciss Praxis, Barcelona, 1994, pp. 108 y ss.

(5) *Vid.* FERRÉ OLIVÉ, J. C., «Una nueva trilogía en Derecho Penal Tributario: fraude, regularización y blanqueo de capitales», en *Revista de Contabilidad y Tributación*, n.º 372, 2014, p. 52.

(6) Al respecto, *vid.* IGLESIAS RÍO, M. A., *La regularización fiscal en el delito de defraudación tributaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 66 y ss.

tra el fraude fiscal (7), ha trascendido al ámbito penal a través de dos reformas legislativas relevantes. La primera de ellas fue la reforma introducida mediante el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, y que perfila el concepto de regularización que exime de responsabilidad penal, otorgándole un doble contenido, ya que requiere «el completo reconocimiento» y «el pago» de la deuda tributaria (8). En la misma línea gira la nueva regularización del artículo 305 CP que, tras la reforma de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, ha zanjado la polémica en torno a si el pago era necesario o no para dar por cumplida efectivamente la regularización. La respuesta, en todo caso, ha resultado afirmativa (9). Así, con la nueva redacción del señalado precepto 305.4 CP, la regularización penal se torna en condición esencial para la exención de responsabilidad (10). No obstante, como se pondrá de manifiesto, esta reforma no hizo más que legalizar aquello que ya era pacífico en la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde hacía tiempo.

## 2. NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LA REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA

El término «regularización» es de carácter polisémico, al denotar la idea de poner en orden alguna situación que anteriormente no lo estaba. No existe una única previsión de regularización ni sus efectos resultan uniformes en todos los ámbitos en que tiene lugar (11).

---

(7) Vid. BLÁZQUEZ LIDOY, A., «El pago y la excusa absolutoria en el delicto fiscal», en *Revista de Contabilidad y Tributación*, n.º 343, 2011, p. 90.

(8) Vid. LITAGO LLEDÓ, R., «Cumplimiento espontáneo y regularización: el papel esencial de los recargos en su consecución», en *Revista del Instituto de Estudios Fiscales*, n.º 12, 2015, pp. 7 y 8.

(9) Vid. HERRERA MOLINA, P. M., «El nuevo régimen de regularización tributaria penal en la Ley General Tributaria y su relación con la amnistía fiscal», en *Crónica Tributaria*, n.º 3, 2012, p. 25.

(10) Sobre esta cuestión, vid. BOIX REIG, J./GRIMA LIZANDRA, V., «Código Penal y LGT. Un enamoramiento que no fue fugaz (II)», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 34, 2013, p. 17.

(11) Vid. SÁNCHEZ HUETE M. A., «La administración Tributaria ante el delito. La nueva regularización voluntaria», en *Revista Quincena Fiscal*, n.º 7, 2016, p. 14.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS), y en similar sentido la denominada jurisprudencia menor, ha asentado que *«regularizar es convertir en regular, poner en orden. Tratándose de una deuda, de una obligación incumplida, poner en orden significa pagar, cumplir. Implica un comportamiento espontáneo, activo, positivo, por parte del deudor, que asume no sólo su incumplimiento previo, sino los recargos que normalmente gravan una situación como la provocada por su actitud. Tal es la razón por la que el ordenamiento decide asimilar esa conducta a la del que hubiera satisfecho la deuda tributaria dentro de plazo. Porque en ambas se dan dos básicos puntos de coincidencia, a saber: i) que es el sujeto deudor el que toma la iniciativa; y ii) que la administración tributaria, en uno y otro caso, no resulta perjudicada, puesto que ingresa lo que le era debido según la ley»* (12). De manera que *«regularizar es poner en orden algo que así queda ajustado a la regla por la que se debe regir. Si una persona defrauda a la Hacienda Pública eludiendo el pago de un impuesto, su situación tributaria sólo queda regularizada cuando, reconociendo la defraudación, satisface el impuesto eludido, no pudiendo decirse que ha regularizado su situación por el mero hecho de que, años después de realizarla, reconozca la defraudación, a ello equivale la presentación de la declaración complementaria, cuando la misma, por otra parte, ya ha sido puesta de manifiesto por la actividad inspectora de la Administración»* (13).

En el ámbito tributario se prevé la regularización antes del requerimiento administrativo (art. 27 de la Ley General Tributaria, en adelante, LGT), lo cual evita la imposición de la sanción, y si después del requerimiento existe un arrepentimiento, deducido de la conformidad mostrada con la regularización administrativa, se reduce la sanción a imponer (art. 188 LGT/2003).

En cambio, en el ámbito penal existe una regularización que evita la comisión del delito, o elimina su sanción (art. 305.1 y 4 CP) si se da cumplimiento a ciertos requisitos que posteriormente analizaremos. Así, la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) 76/1990, de 26 de abril, ya señaló que la importancia del *«pago puntual»* de las deudas tributarias incide directamente en el deber de contribuir del art. 31.1 de la Constitución Española (en adelante, CE) que, al configurar el deber tributario como deber constitucional, está autorizando al legislador para que, dentro de un sistema tributario justo,

---

(12) Cfr. STS 1336/2002, de 15 de julio, FJ 17.º *Vid.*, también, por todas, la SAP de Barcelona 700/2014, de 17 de julio de 2014.

(13) Cfr. STS 192/2006, de 1 de febrero, recogiendo así mismo lo dispuesto en las SSTs 15 de julio de 2002 y 30 de abril de 2003.



«adopte las medidas que sean eficaces y atribuya a la Administración las potestades que sean necesarias para exigir y lograr el exacto cumplimiento de sus obligaciones fiscales por parte de los contribuyentes» (14).

La regularización responde, esencialmente, a medidas de política fiscal, dependiendo directamente de cada coyuntura económica. Es por ello que al perseguirse predominantemente objetivos fiscales, surgen ciertas dudas acerca de la justificación de la regularización prevista en el CP que, finalmente, es acogida acudiendo a los criterios de reparación, desistimiento y arrepentimiento activo (15), por basarse en idénticos principios. Quizá por esta razón, en otros ordenamientos el pago de las obligaciones tributarias sólo funciona como circunstancia atenuante (16), aunque en España, la modificación operada por la LO 7/2012 también permite, cuando no prospere la regularización, una atenuación de la pena, en uno o dos grados, si el sujeto satisface la deuda tributaria y reconoce judicialmente los hechos antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial (17).

Pues bien, tradicionalmente, la regularización penal se ha calificado como una excusa absolutoria, lo que en la teoría del delito supone que elimina, por razones político-criminales, la punibilidad de un hecho que por lo demás se considera típico, antijurídico y culpable (18). En esta línea, la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2009, de 4 mayo (19), sobre la interpretación del término «regulari-

(14) Cfr. STC 76/1990, de 26 de abril (FJ 9.º), recurso de inconstitucionalidad 695-1985.

(15) Vid. FERRÉ OLIVÉ, J.C., «Una nueva trilogía...», *op. cit.*, p. 53; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico... op. cit.*, p. 651.

(16) Vid. FERRÉ OLIVÉ, J.C., «Una nueva trilogía...», *op. cit.*, p. 53. El autor se detiene sobre todo en el régimen de Italia, donde el pago de la deuda tributaria permite reducir la pena hasta la mitad y excluye la aplicación de penas accesorias.

(17) La incorporación de esta circunstancia atenuante ya ha sido cuestionada por perseguir «afanes puramente recaudatorios». Cfr. IGLESIAS RÍO, M. A., «Delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social: arts. 305 a 310 bis CP», en ÁLVAREZ GARCÍA F. J. (Dir.): *Estudios críticos sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 824.

(18) Vid. ALONSO GALLO, J., «El delito fiscal tras la Ley Orgánica 7/2012», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 34, 2013, p. 2.

(19) Concretamente, la Circular 2/2009, muy relevante en el ámbito que nos ocupa, destaca en sus postulados lo siguiente:

Tercera. «En las excusas absolutorias de los arts. 305.4 y 307.3 del Código Penal, la conducta postdelictiva del imputado debe suponer el reverso del delito consumado, de forma que resulte neutralizado no solo el desvalor de acción (defraudación) sino también el desvalor de resultado (perjuicio patrimonial irrogado a la Hacienda Pública o a las arcas de la Seguridad Social). Ello hace exigible una conducta positiva y eficaz del sujeto pasivo de la obligación contributiva que incluye, la

zar», contemplado en los artículos 305.4 y 307.3 CP, resalta que ambos preceptos «*constituyen sendas excusas absolutorias que establecen la exención del reproche penal en base a circunstancias que no concurren en el momento de la realización del hecho, sino con posterioridad a la comisión del delito. Así pues, la regularización no afecta a la categoría del injusto ni a la culpabilidad dado que se produce, en su caso, tras la perfección de la infracción penal, actuando a modo de comportamiento post-delictivo positivo*».

Hoy en día, una minoritaria corriente doctrinal (20) defiende que de la tipificación en el artículo 305 CP parece desprenderse que la

---

*autodenuncia (a través del reconocimiento voluntario y veraz de la deuda, previo a las causas de bloqueo temporal legalmente previstas) y el ingreso de la deuda derivada de la defraudación, satisfaciendo ambas exigencias el pleno retorno a la legalidad al que el legislador ha querido anudar la renuncia al ius puniendi respecto del delito principal y sus instrumentales*».

Cuarta. «*En el caso de delitos contra la Hacienda Pública o contra la Seguridad Social en los que la conducta defraudatoria consista en la solicitud de una devolución indebida, la simple autodenuncia –efectuada con carácter previo a materializarse la devolución– constituye el reverso de la conducta delictiva, siendo aplicable la excusa absolutoria siempre que concurren los demás requisitos previstos en los párrafos 4 del art. 305 y 3 del art. 307 del Código Penal*».

Quinta. «*La autodenuncia, aun cuando se efectúe con carácter previo a las causas de bloqueo previstas en los arts. 305.4 y 307.3 del Código Penal, no es presupuesto suficiente para la apreciación de la excusa absolutoria si no se produce la satisfacción de la deuda que se deriva de la previa defraudación consumada del tributo o de la cuota de la Seguridad Social, aun cuando sí puede motivar la apreciación de la circunstancia atenuante de confesión prevista en el art. 21.4.º del Código Penal*».

Sexta. «*El ingreso espontáneo (en el sentido de anterior a las causas de bloqueo previstas por el legislador penal) y parcial de la deuda –tributaria o de la Seguridad Social– no afecta a la entidad delictiva de la conducta, que se perfeccionó con anterioridad, en el momento de la elusión de la cuota en cuantía superior a los 120.000 euros, pero puede motivar la apreciación de la circunstancia atenuante de disminución o reparación del daño del art. 21.5.º del Código Penal, con entidad graduable atendiendo a la voluntariedad de la conducta reparadora y a las posibilidades y esfuerzo efectuado por el sujeto pasivo para subsanar los perjuicios derivados de su acción*».

(20) Esta es la opinión de, entre otros, Muñoz Cuesta, que opta por «apreciar la no regulación de la deuda tributaria como un elemento negativo del delito, que junto los elementos positivos y la cantidad defraudada superior a los 120.000 euros, conforman el injusto típico». Cfr. MUÑOZ CUESTA, F.J., «La reforma del delito fiscal operada por la LO 7/2012», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, 2013. Por su parte, Alonso Gallo considera que la regularización tributaria posee la naturaleza jurídica de una causa de justificación sobrevenida, de tal suerte que «la única categoría dogmática que da respuesta a lo que ha pretendido el legislador es la de las causas de justificación o de exclusión de la antijuridicidad». Cfr. ALONSO GALLO, J., *El delito fiscal... op. cit.*, pp. 3 y 4. Por otro lado, Gómez Lanz aboga por considerar la regularización tributaria como una nueva causa de exclusión del injusto. Vid. GÓMEZ LANZ, F. J.,

regularización tributaria se constituye como un elemento negativo del delito que excluye la ilicitud penal (21). Sin embargo, concebir la regularización como un elemento negativo del tipo, o como una causa de justificación, no es el criterio dominante en la generalidad de la doctrina (22) ni de la jurisprudencia (23), que en armonía con lo dispuesto en la propia Exposición de motivos de la LO 7/2012, y del tenor literal del artículo 305 CP, se sigue avalando la naturaleza jurídica de excusa absoluta de la regularización tributaria, de tal suerte que no forma parte del tipo penal ni altera las reglas en materia de consumación del delito fiscal (24). En efecto, la LO 7/2012 anuncia que la regularización tributaria supone «*el verdadero reverso del delito*» (25), de manera que «*resulte neutralizado no sólo el desvalor de la acción, con una declaración completa y veraz, sino también el desvalor del resultado mediante el pago completo de la deuda tributaria y no solamente de la cuota tributaria como ocurre actualmente*».

En este orden de ideas, la regularización tributaria, como actuación unilateral del sujeto pasivo, responde a la misma naturaleza jurí-

---

«Dos cuestiones recientes en torno a la regularización tributaria. La declaración tributaria especial de marzo de 2012 y la reforma del artículo 305 del Código Penal mediante la Ley Orgánica 7/2012», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 1, 2013, pp. 53 a 80.

(21) Vid. SÁNCHEZ HUETE, M. A., «La administración Tributaria ante el delito...», *op. cit.*, p. 15.

(22) En este sentido, Ferré Olivé atisba que resulta difícilmente admisible considerar la regularización penal como un elemento negativo del tipo penal, o una atipicidad sobrevenida, dado que ello conllevaría a que el delito no se consumaría hasta que concurriera alguna circunstancia completamente ajena al comportamiento del autor: la constatación de alguna de las causas de bloqueo de la regularización tributaria o la prescripción tributaria. De esta forma, siguiendo la tesis del elemento del tipo, el delito podría no consumarse nunca, ni prescribir jamás. Vid. FERRÉ OLIVÉ, J.C., «Una nueva trilogía...», *op. cit.*, 73 a 79. Así, para este autor, la regularización tributaria prevista en los arts. 305.1 y 4 CP, sigue manteniendo su naturaleza anterior, es decir, se trata de una excusa absoluta y no de un elemento del tipo. Por su parte, Martínez Buján-Pérez también considera que el cambio terminológico introducido por la LO 7/2012 no modifica la naturaleza jurídica de la regularización tributaria. Vid. MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 4.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 697 y ss.

(23) Vid., por todas, la STS 1822/2017, de 27 de noviembre, y la STS 1146/2017, de 29 de junio, que avalan la naturaleza de excusa absoluta de la regularización tributaria, a tenor del art. 305 CP y de lo manifestado en la propia Exposición de Motivos de la LO 7/2012.

(24) Vid. MARTÍNEZ HORNERO, F. J., «Delito fiscal y regularización tributaria», en *Revista de Contabilidad y Tributación*, n.º 170, 1997, pp. 14 a 40.

(25) De «reverso del delito» y como una excusa absoluta se ha pronunciado también SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., *Deuda tributaria y responsabilidad civil por delito fiscal*. Atelier, Barcelona, 2009, pp. 151 y 152.

dica que cualquier otra actuación mediante la cual se da cumplimiento a las obligaciones tributarias derivadas de la realización del hecho imponible de un determinado tributo. No obstante, pese a que la naturaleza jurídica de la actuación no varía, el hecho de que tenga lugar después de finalizado el plazo reglamentario de declaración-liquidación o autoliquidación tributaria, sí altera sus efectos jurídicos (26).

Desde una perspectiva formal, la regularización tributaria podría ser definida como «*un acto de aplicación de los tributos realizado extemporáneamente, pero con sujeción a los procedimientos legal y reglamentariamente establecidos, que tiene por objeto un hecho imponible que no fue declarado en el momento oportuno o respecto al cual la declaración-liquidación presentada por el sujeto pasivo fue incompleta o inexacta*». Por el contrario, desde una perspectiva material, la regularización tributaria sería «*toda actuación mediante la cual una persona física o jurídica reconoce que ha eludido el pago de una deuda tributaria ocultando su existencia a la Administración tributaria*» (27).

Con todo, para que la regularización tributaria produzca los efectos propios naturales de excusa absolutoria, debe conjugar ambos aspectos, el material y el formal, por lo que esta regularización tiene que consistir en una declaración-liquidación extemporánea en la que se identifique expresamente el período impositivo al que se refiere y contenga, únicamente, los datos relativos a dicho período (28).

### 3. MARCO NORMATIVO DE LA REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA

A tenor de lo dispuesto en el apartado primero del art. 305 CP, que tipifica el tipo básico del delito fiscal, se indica que «*será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtu-*

---

(26) Vid. IGLESIAS CAPELLAS, J., «La regularización de la defraudación tributaria constitutiva de delito contra la Hacienda Pública», en *Revista de Contabilidad y Tributación*, n.º 341-342, 2011, p. 10».

(27) Cfr. IGLESIAS CAPELLAS, J., «La regularización de la defraudación...», *op. cit.*, p. 11.

(28) Cabe anotar, no obstante, que según el art. 191.6 LGT/2003, siempre constituirá infracción leve la falta de ingreso en plazo, tratándose de tributos o pagos a cuenta que hubieran sido incluidos o regularizados por el mismo obligado tributario en una autoliquidación presentada con posterioridad, sin cumplir los requisitos establecidos en el apartado 4 del artículo 27 de esta Ley para la aplicación de los recargos por declaración extemporánea sin requerimiento previo.

*plo de la citada cuantía» a quien, «por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente (29) obtenidos o disfrutados, exceda de 120.000 euros», salvo que hubiera regularizado su situación tributaria.*

Por su parte, el apartado cuarto del art. 305 CP establece los presupuestos o condiciones para que se considere regularizada la situación tributaria, a saber: que se proceda al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria de manera espontánea (30). A estos requisitos nos referiremos con mayor detenimiento, si bien cabe indicar que no podrá aplicarse esta previsión cuando la regularización surja después de haber sido detectado el fraude a través de una comprobación o inspección tributaria, como es lógico. No obstante, el apartado sexto del artículo 305 CP incluye una nueva atenuante muy cualificada en caso de regularizaciones extemporáneas, al permitir que los jueces y tribunales puedan «imponer al obligado tributario, o al autor del delito, la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, satisfaga la deuda tributaria y reconozca judicialmente los hechos».

Ciertamente, como requisitos positivos de la regularización, puede destacarse el reconocimiento y el pago de la deuda tributaria aludida en el precepto penal; y como requisito negativo este queda reducido a la voluntariedad por parte del obligado tributario.

Por su parte, la atenuación de la pena prevista en el texto penal será igualmente aplicable respecto de otros partícipes –*extraneus*– en el delito, distintos del obligado tributario o del autor de la infracción

---

(29) Haciendo alusión a su homóloga infracción penal, con la que comparte el Título XIV del Código Penal, «De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», *vid.*, entre otros, BUSTOS RUBIO, M., *La regularización en el delito de defraudación a la seguridad social*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016; CÁMARA ARROYO, S., «Los delitos de defraudación a la seguridad social: Análisis de los tipos penales y su problemática», en Fernández Bermejo, D./Mallada Fernández, C. (Dirs.): *Delincuencia económica*. Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 481-540. Y en cuanto a la obtención indebida de prestaciones, CÁMARA ARROYO, S., «Entre el Derecho penal de clase y la expansión punitiva: el delito de obtención indebida de prestaciones (art. 307 ter CP)», en *Revista Penal*, n.º 41, 2018, pp. 47-72.

(30) *Vid.*, sobre este aspecto, GARCÍA MORENO, V. A., «Regularización espontánea, proporcionalidad y tentativa en el delito fiscal. Recientes aportaciones de la jurisprudencia», en *Carta Tributaria*, n.º 50, 2019.

penal –piénsese en asesores fiscales, por ejemplo–, como «premio» por su colaboración activa (31) en la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado tributario o de otros responsables del delito.

Tras la publicación de la LO 7/2012 se introduce un nuevo apartado en el art. 305 CP, que permite a la Administración Tributaria continuar con el procedimiento administrativo de cobro de la deuda tributaria, pese a la pendencia de un proceso penal. Concretamente, el art. 305.5 CP declara que «*la existencia del procedimiento penal por delito contra la Hacienda Pública no paralizará la acción de cobro de la deuda tributaria*». Pero, es más, por parte de la Administración Tributaria podrán iniciarse las actuaciones dirigidas al cobro, salvo que el Juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución, previa prestación de garantía (32).

### 3.1 La regularización tributaria en la LGT tras su reforma por la Ley 34/2015

En consonancia con la norma penal, el art. 252 LGT/2003 (33) dispone que, cuando el obligado tributario haya regularizado su situación

---

(31) *Id.*, al respecto, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, *op. cit.*, 973.

(32) Téngase en cuenta que el Preámbulo de esta Ley declara que con la introducción de esta nueva prerrogativa en favor de la Administración Tributaria, «*se trata de eliminar situaciones de privilegio y situar al presunto delincuente en la misma posición que cualquier otro deudor tributario, y al tiempo se incrementa la eficacia de la actuación de control de la Administración: la sola pendencia del proceso judicial no paraliza la acción de cobro pero podrá paralizarla el Juez siempre que el pago de la deuda se garantice o que el Juez considere que se podrían producir daños de imposible o difícil reparación. Y también se atiende una exigencia del ordenamiento comunitario, ya que las autoridades comunitarias vienen reclamando a España una reforma de su sistema legal para que la existencia del proceso penal no paralice la acción de cobro de las deudas tributarias que constituyan recursos propios de la Unión Europea*».

(33) Este precepto ha sido añadido íntegramente por el art. único 59 de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial LGT/2003, la cual declara en su Preámbulo que, como consecuencia de la reforma de la regulación del delito contra la Hacienda Pública llevada a cabo por la LO 7/2012, se hacen precisas «*determinadas modificaciones en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, para establecer un procedimiento administrativo que permita practicar liquidaciones tributarias y efectuar el cobro de las mismas aún en los supuestos en los que se inicie la tramitación de un procedimiento penal, al ser este uno de los cambios más significativos operados en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*».

tributaria conforme al art. 305.4 CP, «*la Administración Tributaria no pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente ni remitirá el expediente al Ministerio Fiscal*». Concluye el referido artículo manifestando que, para determinar la existencia del completo reconocimiento y pago, la Administración Tributaria podrá desarrollar las actuaciones de comprobación o investigación que resulten procedentes, aún en el caso de que las mismas afecten a períodos y conceptos tributarios prescritos (34).

El segundo párrafo del artículo, por su parte, establece que en tanto que la deuda tributaria está integrada por los elementos a los que se refiere el art. 58 LGT, cuando se trate de tributos exigidos mediante autoliquidación, «*el obligado tributario debe proceder a la autoliquidación e ingreso simultáneo tanto de la cuota, como de los intereses de demora y de los recargos legalmente devengados a la fecha del ingreso*». En otro caso, cuando los tributos regularizados voluntariamente no se exijan por el procedimiento de autoliquidación, «*el obligado tributario deberá presentar la declaración correspondiente, procediendo al ingreso de la totalidad de la deuda tributaria liquidada por la Administración en el plazo para el pago establecido en la normativa tributaria*» (35).

Téngase en cuenta, en este sentido, que el art. 252 LGT, al objeto de especificar los supuestos en los que se entiende realizada la regularización voluntaria, no toma en consideración aquellas actuaciones de pago parcial o fraccionado destinadas únicamente a alcanzar el umbral necesario para evitar la consideración criminal de la conducta (36).

Ciertamente, el pago íntegro al que alude la normativa vigente plantea indudables problemas prácticos, pese a que la Disposición Final 10.<sup>a</sup> de la Ley 34/2015 contempla la aprobación de modelos

---

(34) En desacuerdo con esta previsión legal, la Audiencia Nacional, en la sentencia 169/2016, de 20 de abril, asegura que, lo que ha hecho la reforma es aprovechar que el Real Decreto-Ley 12/2012 introdujo el 221.1.c ), completado con la reforma del artículo 180.2, «*con una técnica dudosamente respetuosa con el orden jurisdiccional penal*», permitiendo de esta manera «*a la Administración Tributaria valorar la excusa absolutoria recogida en el artículo 305.4 del Código Penal que, por constituir uno de los elementos configuradores del tipo, le correspondía al orden jurisdiccional penal, no parece ni razonable ni conforme con esa jurisdicción penal. Lo que hace el Legislador es configurar la excusa absolutoria como un elemento negativo del delito, en manos de la propia Administración*» (FJ 5.<sup>o</sup>).

(35) Siguiendo el art. 252 LGT/2003, idéntico criterio al expuesto habrá de observarse cuando la regularización se hubiese producido una vez prescrito el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria.

(36) Vid. CALVO VÉRGEZ, J., «Acerca de la posibilidad de girar liquidación tributaria habiéndose dictado sentencia penal absolutoria», en *Revista de Contabilidad y Tributación*, n.º 420, 2018, p. 87.

«para la regularización voluntaria de deudas vinculadas a posibles delitos contra la Hacienda Pública» (37) aunque, a día de hoy, estos modelos todavía no se han aprobado.

En cualquier caso, no debemos olvidar que el artículo 27.2 LGT recoge, de un lado, los posibles recargos establecidos por declaración o autoliquidación extemporánea sin requerimiento previo, que oscilan entre el 5, 10 ó 15 por ciento, dependiendo de si el contribuyente presenta su declaración o autoliquidación dentro de los tres, seis, o doce meses siguientes al término del plazo establecido para declarar, o autoliquidar y pagar el tributo de que se trate, respectivamente; y, de otro lado, un recargo del 20 por ciento para retrasos que superen los doce meses. En ese sentido, los recargos del 5, 10 y 15 por ciento excluyen las sanciones que hubieran podido exigirse y también los intereses de demora devengados hasta la presentación de la autoliquidación o declaración, mientras que el recargo del 20 por ciento excluye las sanciones que hubieran podido exigirse, pero no los intereses de demora. Por lo tanto, un sujeto cuya defraudación tuviera encaje en el tipo delictivo del artículo 305 CP, habría de reconocer y pagar completamente la deuda tributaria determinada (incluidas las cantidades contempladas en el art. 27 de la LTG), para poder acogerse al «beneficio» que generaría la regularización voluntaria de su situación fiscal (38).

## 3.2 Presupuestos de la regularización tributaria para alcanzar la exclusión de la responsabilidad penal

### 3.2.1 EL COMPLETO RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA DEUDA TRIBUTARIA

Tal y como se ha señalado, la LO 7/2012 ha modificado el texto del artículo 305.4 CP, de tal forma que el nuevo texto vigente establece, por primera vez, que la regularización requiere del reconocimiento de la deuda tributaria y su pago. Así las cosas, el apartado cuarto del art. 305 CP viene a disponer que «se considerará regulari-

---

(37) Establece la citada disposición que «Por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas se aprobarán los modelos para la regularización voluntaria de la deuda tributaria a la que se refiere el artículo 252 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria».

(38) Al respecto, *vid.*, SANZ DÍAZ-PALACIOS, J. A., «A vueltas con la regularización tributaria en supuestos de delito fiscal», en *Revista Quincena Fiscal*, n.º 6, 2018, p. 4; del mismo autor, de manera más amplia; «Regularización de deudas tributarias y responsabilidad civil por delito fiscal: intereses moratorios e intereses procesales», en Demetrio Crespo, E./Sanz Díaz-Palacios, J. A. (Dirs.): *El delito fiscal. Aspectos penales y tributarios*. Atelier, Barcelona, 2019.



*zada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria».*

Pues bien, en primer lugar, este requisito novedoso relativo al completo reconocimiento de la deuda tributaria implica que la regularización debe corresponderse con una declaración completa y veraz (39), pues una pretendida regularización que incurra en nuevas manifestaciones falaces resultará ineficaz en cuanto al objetivo que se persigue (40). Ahora bien, esto no significa que la regularización haya de realizarse en todo caso por medio de una declaración complementaria (41), como es obvio.

En segundo lugar, en cuanto a la exigencia del pago, la redacción del artículo 305.4 CP convierte en derecho positivo una exigencia, la del pago íntegro, que ha sido objeto de polémica en la doctrina, y que ya venía siendo exigida desde hace años por la jurisprudencia (42), especialmente a partir de la STS 539/2003, de 30 de abril, en la que el TS estableció que si una persona defrauda a la Hacienda Pública eludiendo el pago de un impuesto, *«su situación tributaria sólo queda regularizada cuando, reconociendo la defraudación, satisface el impuesto eludido, no pudiendo decirse que ha regularizado su situación por el mero hecho de que, años después de realizarla, reconozca la defraudación –a ello equivale la presentación de la declaración complementaria– cuando la misma, por otra parte, ya ha sido puesta de manifiesto por la actividad inspectora de la Administración»* (43). A ello no se opone, además, el artículo 179.3 LGT, que se limita a establecer que *«los obligados tributarios que voluntariamente regularicen su situación tributaria o subsanen las declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes presentadas con anterioridad de forma incorrecta no incurrirán en responsabilidad por las infracciones tributarias cometidas con ocasión de la presentación de aquéllas»*, máxime cuando después añade que *«lo dispuesto*

(39) Vid. ALONSO GALLO, J., «El delito fiscal...», *op. cit.*, p. 7.

(40) Vid. LARIO PARRA, M.J., *El fraude a la ley Tributaria. Las defraudaciones contra la hacienda Pública*. Tesis doctoral. Universidad de Granada, 2012, p. 328.

(41) Así lo expone Sabadell Carnicero, cuando afirma que «Sin embargo, no parece que la excusa absolutoria recogida en el art. 305.4 CP excluya la denominada “regularización encubierta” entendida como el ingreso realizado fuera de plazo sin requerimiento previo, pero sin presentación de declaración en la que se pongan en relación las cuotas ingresadas extemporáneamente con los períodos y tributos a que correspondan». Cfr. SABADELL CARNICERO, C., «La regularización tributaria como causa de exención de la responsabilidad penal», en VV.AA., *El delito fiscal*. CISS, Valencia, 2009, p. 205.

(42) Destacando la jurisprudencia menor, *vid.*, la sentencia del Juzgado de lo Penal de Granollers, de 2 de marzo de 2018, FJ previo.

(43) Cfr. STS 539/2003, de 30 de abril, FJ 11.º

*en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el artículo 27 de esta Ley y de las posibles infracciones que puedan cometerse como consecuencia de la presentación tardía o incorrecta de las nuevas declaraciones, autoliquidaciones, comunicaciones de datos o solicitudes».*

Ciertamente, para que la regularización despliegue toda su virtualidad, esta debe ser íntegra y completa. Así, no puede tener eficacia exoneradora una regularización parcial, tendente a disminuir o rebajar la cuota defraudada por debajo del límite de los 120.000 euros, dejando así la ilicitud en sede administrativa. La regularización con ingreso parcial, sin perjuicio de que pueda producir efectos en la determinación de la pena, resulta ineficaz (44). Así lo entendió, por ejemplo, la STS 539/2003, en la que el alto tribunal negaba la aplicación de la atenuante del artículo 21.5 CP, relativa a la reparación del daño, invocando que el sujeto «no efectuó ingreso alguno para saldar, siquiera fuese en parte, la cuota defraudada» (FJ 13.º). Pues bien, según la línea jurisprudencial de la STS 192/2006, de 1 de febrero, regularizar supone pagar, «sin que baste la presentación de declaración complementaria. Por las mismas razones se estima ineficaz la regularización con ingreso parcial, sin perjuicio de que la reparación parcial del perjuicio pueda producir efectos en la determinación de la pena». Ciertamente, el hecho de no tributar en el momento debido y pretender hacerlo en momentos muy posteriores y alejados en bastantes años, no solo no supondría el pago exigido por la jurisprudencia indicada, sino que determinaría una actuación más allá de una mera ordenación tributaria y acorde con una actuación de ajuste y estrategia fiscal a la conveniencia del infractor.

Vemos, pues, que la exigencia del pago de la deuda completa ha venido siendo exigida por la jurisprudencia del TS desde hace más de una década (45), y ello sobre la base de los principios de seguridad jurídica, prohibición del enriquecimiento injusto y neutralidad, que constituyen su fundamento último (46). Por tanto, la regularización completa supone para el TS «un verdadero principio ineludible» (47),

---

(44) Vid. LARIO PARRA, M. J., *El fraude a la Ley Tributaria...*, op. cit., p. 328.

(45) Así, por ejemplo, si recuperamos la STS 1807/2001, de 30 de octubre, comprobamos que este Tribunal, ya por entonces, asentaba que «regularizar es evidentemente un comportamiento activo del contribuyente que supone la asunción de una declaración complementaria y el consiguiente pago» (FJ 9.º).

(46) Vid. VILLAR EZCURRA, M., «La jurisprudencia sobre la obligación de practicar una regularización completa y su recepción en la reforma de la Ley General Tributaria de 2015», en *Revista Quincena Fiscal*, n.º 9, 2016, p. 2.

(47) Son muchas las sentencias del TS que se expresan en estos términos. Así, por ejemplo, la STS 2838/2015, de 24 de junio, argumenta a favor de la compañía

o lo que es lo mismo, un principio general y procedimental en el ámbito de la aplicación de los tributos (48). Así, el TS, en contra de los criterios de estancamiento temporal y material invocados por la Administración tributaria en aras de limitar la regularización íntegra al período temporal y al concepto tributario que abarca la inspección (49), ha considerado que el ámbito objetivo de la regularización completa de la situación tributaria incluye «*todos los componentes que conforman el ámbito material*» en el que se desarrolla la actuación inspectora. Así mismo, recuerda el alto tribunal que la regularización ha de ser completa, tanto en lo que beneficia como en lo que perjudica al contribuyente (50), calificando lo contrario de «*actuación administrativa a doble cara siempre favorable a la Administración*» (51). Y es que la jurisprudencia sobre la regularización completa se proyecta sobre todos los procedimientos de aplicación de los tributos, manifestando el TS, en este sentido, que «*el principio de íntegra regularización no encuentra limitación según estemos ante actuaciones generales o parciales*», pero que, evidentemente, «*debe aplicarse dentro de cada marco concreto en el que debe ponderarse*» (52).

Debe tenerse en cuenta que el fundamento último de la obligatoriedad de practicar una regularización completa se encuentra en el principio de seguridad jurídica. A tal conclusión llega el TS, a través de, entre otras, la STS de 5 de junio de 2014, en la que se pone de

---

recurrente sobre la base de que la Administración no puede desconocer «*el principio de la íntegra regularización tributaria de la entidad inspeccionada y vulnerar el principio de neutralidad en el IVA*» (FJ 6.º); o las SSTS 6118/2013, de 12 de diciembre, y la 483/2012, de 26 de enero; o la SAN 37/2015, de 16 de enero, que hace reconocimiento expreso del derecho a la regularización íntegra como un principio en los siguientes términos: «*no puede rechazarse el derecho a la deducción conforme a los principios de neutralidad del IVA y de «íntegra regularización» proclamados por el Tribunal Supremo, el cual otorga eficacia directa a dichos principios*» (FJ 8.º).

(48) Vid. JUAN LOZANO, A. M., «El principio de completitud y la exigencia de regularización completa: análisis empírico y formulación desde el método inductivo», en *Actum fiscal*, n.º 71, 2012, pp. 14 a 22.

(49) Vid. VILLAR EZCURRA, M., «La jurisprudencia sobre la obligación...», *op. cit.*, p. 3.

(50) Ciertamente, la STS 6118/2013, de 12 de diciembre, repara acerca de la «*obligatoriedad de aplicar el principio de la íntegra regularización de la situación tributaria, alcanzando tanto a los aspectos positivos como a los negativos para el obligado tributario (...); considerándose que cuando un contribuyente se ve sometido a una comprobación y se procede a la regularización mediante la oportuna liquidación ha de atenderse a todos los componentes, y ello por elementales principios que inspiran un sistema tributario que aspira a responder al principio de justicia*» (FJ 3.º).

(51) Cfr. STS 4300/2015, de 7 de octubre, FJ 4.º

(52) Cfr. STS 483/2012, de 26 de enero, FJ 3.º

manifiesto que «*lo que si protege el principio de seguridad jurídica es la situación de quien habiendo deducido el importe de una repercusión indebida se ve sometido a una actuación inspectora de regularización que da lugar a una duplicidad impositiva, mediante la exigencia del impuesto indebidamente deducido sin devolución simultánea del importe de la repercusión indebida*» (53). No obstante, también reconoce el TS que «*a la misma conclusión se llega con la invocación de los principios de neutralidad del impuesto y de proscripción del enriquecimiento injusto*» (54).

En tercer lugar, además del completo reconocimiento y pago, el nuevo artículo 305.4 CP exige que el pago realizado sea de la deuda tributaria, no de la cuota impagada, como venía ocurriendo hasta la reforma operada por la LO 7/2012. Así, en virtud del artículo 58 LGT, la deuda tributaria está constituida por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta y, además, en su caso, por: a) el interés de demora; b) los recargos por declaración extemporánea; c) los recargos del período ejecutivo; d) los recargos exigibles legalmente sobre las bases o las cuotas, a favor del Tesoro o de otros entes públicos. En cambio, puntualiza este mismo precepto que las sanciones no formarán parte de la deuda tributaria.

Esta última exigencia, relativa a la obligatoriedad de que el completo reconocimiento y pago se atribuya a la deuda tributaria, entendida esta en los términos planteados en el artículo 58 LGT, plantea un problema, pues con la regulación actual no es el obligado tributario quien hace la liquidación de intereses y recargos, sino la Administración. La declaración complementaria sólo incluye, al igual que el resto de autoliquidaciones, la cuota. Por ello, mientras no se modifique la LGT para permitir que la declaración complementaria incluya intereses y recargos, no es posible exigir ninguna acción del obligado tributario más allá del reconocimiento y pago de la cuota (55). No obstante, puede ocurrir que el sujeto que pretende regularizar su situación tributaria para beneficiarse de la excusa absoluta del artículo 305.4 CP, por diversas circunstancias no disponga de todos los datos económicos precisos para regularizar correctamente sus deudas tributarias, de tal manera que la Administración cuestione el importe pagado y estime que es inferior al debido. En este sentido, autores como Sabadell Carnicero consideran que «en los supuestos de declaraciones complementarias incom-

---

(53) Cfr. STS 947/2012, de 5 de junio, FJ 5.º

(54) Cfr. STS 4592/2014, de 6 de noviembre de 2014, FJ 3.º

(55) Vid. ALONSO GALLO, J., «El delito fiscal...», *op. cit.*, p. 8.

pletas pero cuyos errores se deban a simples errores aritméticos, desviaciones insignificantes o valoraciones divergentes de las efectuadas por la AEAT, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en otorgarles los mismos efectos que a las declaraciones veraces» (56). Con el mismo criterio se pronuncia Pérez Martínez al entender que el hecho de que existan simples errores aritméticos, pero no esenciales, o meras desviaciones insignificantes en las declaraciones tributarias complementarias, no puede impedir la válida regularización (57). Por su parte, a modo de conclusión, Alonso Gallo atisba que «las diferencias de este tipo no deben en principio afectar a la aplicación del artículo 305.4 CP, siempre que se deban a errores o a diferencias razonables de criterio sobre la aplicación de la normativa tributaria al hecho imponible reconocido» (58). Como podrá advertirse, esta cuestión no ha resultado baladí en la doctrina, pues en la otra cara de la moneda se encuentran autores como Brandariz García, para quien la anunciada exigencia relativa al carácter completo y veraz de la comunicación, implica aceptar que una manifestación en la que se vuelvan a omitir o falsear datos con relevancia tributaria o contributiva no sea válida, toda vez que en tal situación se perpetuaría la defraudación, y no se verificaría un comportamiento capaz de compensar el desvalor previo del hecho antijurídico (59). En el mismo sentido, Iglesias Río considera que no se puede hablar de regularización cuando el sujeto sustituye unos datos insuficientes por otros datos igualmente incompletos, aunque el balance final contribuya a una reducción cuantitativa de la deuda fiscal (60).

### 3.2.2 LA ESPONTANEIDAD DE LA REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA

Tal y como advierte la STS 340/2012, de 30 de abril, la regularización «*requiere la autodenuncia y la reparación y, por lo tanto, no es de aplicar cuando el sujeto tributario no ha reparado ni se ha autode-*

---

(56) Cfr. SABADELL CARNICERO, C., «La regularización tributaria como causa...», *op. cit.*, p. 212.

(57) Vid. PÉREZ MARTÍNEZ, D., «Causas de justificación. La regularización tributaria», en Fuentes Bardají, J. (Dir.): *Manual de delitos contra la Hacienda Pública*. Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 220 y 221.

(58) Cfr. ALONSO GALLO, J., «El delito fiscal...», *op. cit.*, p. 8.

(59) Vid. BRANDARIZ GARCÍA, J. A., «La regularización postdelictiva en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 24, 2002-2003, p. 83.

(60) Vid. IGLESIAS RÍO, M. A., «La regularización fiscal en el delito...», *op. cit.*, p. 283.

*nunciado; cuando faltan estos comportamientos la renuncia a la pena carece de fundamento» (61).*

Ciertamente, para que la regularización despliegue toda su eficacia, debe realizarse de manera espontánea. Así, el propio artículo 305.4 del Código Penal establece que para que regularización tenga ese carácter tiene que llevarse a cabo dentro de unos límites temporales concretos (62), a saber:

I. Antes de que por la Administración Tributaria se haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación ten-

---

(61) Y en esa misma línea se pronuncia la STS 636/2003, de 30 de mayo, en la que se declara que «(...) regularizar es evidentemente un comportamiento activo del contribuyente que supone la asunción de una declaración complementaria y el consiguiente pago», recordando que «el fundamento de la aludida excusa absoluta es la autodenuncia y la reparación. Por lo tanto, no es de aplicar cuando el sujeto tributario no ha reparado ni se ha autodenunciado». La STS 611/2009, de 29 de mayo, recuerda esta jurisprudencia, y también cita la Circular 2/2009, de la Fiscalía General del Estado, que incluye como conclusión tercera lo siguiente que en las excusas absolutorias de los arts. 305.4 y 307.3 del Código Penal, la conducta postdelictiva del imputado debe suponer el reverso del delito consumado, de forma que resulte neutralizado no solo el desvalor de acción (defraudación) sino también el desvalor de resultado (perjuicio patrimonial irrogado a la Hacienda Pública o a las arcas de la Seguridad Social). Ello hace exigible una conducta positiva y eficaz del sujeto pasivo de la obligación contributiva que incluye la autodenuncia (a través del reconocimiento voluntario y veraz de la deuda, previo a las causas de bloqueo temporal legalmente previstas) y el ingreso de la deuda derivada de la defraudación, satisfaciendo ambas exigencias el pleno retorno a la legalidad al que el legislador ha querido anudar la renuncia al *ius puniendi* respecto del delito principal y sus instrumentales. En el mismo sentido, *vid.* STS 611/2009, de 29 de mayo.

Señala la sentencia que «*En el caso enjuiciado, desde el primer momento se concretó el objeto de acusación, una vez constatada mediante prueba pericial de una inspectora de Hacienda las cantidades defraudadas, dentro del encargo judicial que le fue requerido, por lo que ha quedado claro que la razón de la condena es el intento de regularizar fuera de plazo, al que sin embargo la Audiencia concede la atenuante de reparación del daño causado, aun de forma tardía y no espontánea.*

*En efecto, la regularización requiere, como antes dijimos, la autodenuncia y la reparación, y por lo tanto, no es de aplicar cuando el sujeto tributario no ha reparado ni se ha autodenunciado; cuando faltan estos comportamientos la renuncia a la pena carece de fundamento».*

(62) En este sentido, el auto de la Audiencia Nacional de 25 de junio de 1993, en relación a la comisión de un delito fiscal por el empleo de facturas falsas, expuso que «*el delito se consumó en el instante en el que el sujeto autoliquidó de forma apta su deuda, de forma que no ingresó en las arcas del Erario Público lo que debía pagar. En este caso la regularización fiscal deberá tener el tratamiento del arrepentimiento espontáneo cuando se ha producido con todas las circunstancias que exige el Código Penal si se admitiera que la consumación del delito se pospone a otro momento posterior, desde luego éste no podrá ir más allá del inicio de la actividad recaudatoria por la vía de apremio o de la constatación del fraude, como en este caso se ha producido».*

denes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización. La exigencia de este presupuesto temporal es ratificada por la jurisprudencia del TS, fundamentalmente por la STS 611/2009, en cuyo fundamento jurídico segundo rechaza la alegación formulada por un contribuyente, basada en haber presentado una declaración tributaria complementaria a la del año 2001 en el IRPF, y que ello permitiría apreciar la excusa absolutoria prevista en el artículo 305.4 CP. Resuelve el TS exponiendo que *«tal alegación no puede ser compartida, ya que tal declaración resulta irrelevante, en este caso, a los efectos de la tipificación de la conducta, ya que previamente había sido puesta de manifiesto la defraudación tributaria por la actividad inspectora de la Administración, sin perjuicio de otros efectos que pueda producir tal reparación posterior de la cuantía defraudada. El Tribunal de instancia argumenta, para rechazarla, que no se ha producido ninguna regularización toda vez que las actuaciones que el acusado ha realizado para reparar el perjuicio causado a la Hacienda Pública han sido posteriores al inicio de las actuaciones de comprobación tributaria y, además no sujetándose a lo indicado por Hacienda, sino realizando unas liquidaciones a su gusto y medida, descubriéndose una total falta de propósito del recurrente de ser transparente con la Administración Tributaria»*. Y es que el fundamento de la excusa absolutoria de la regularización de la situación tributaria es la *«autodenuncia y la reparación. Regularizar es poner en orden algo que así queda ajustado a la regla por la que se debe regir. Si una persona defrauda a la Hacienda Pública eludiendo el pago de un impuesto, su situación sólo queda regularizada cuando, reconociendo la defraudación, satisface el impuesto eludido, no pudiendo decirse que ha regularizado su situación por el mero hecho de que, años después de realizarla, reconozca la defraudación, cuando la misma por otra parte, ya ha sido puesta de manifiesto por la actividad inspectora de la Administración, es decir, regularizar la situación tributaria es evidentemente un comportamiento activo del contribuyente que supone la asunción de una declaración complementaria y el consiguiente pago»* (63).

---

(63) Cfr. STS 611/2009, de 29 de mayo, FJ 2.º Por su parte, la SAP de Madrid, 273/2005, de 7 de junio, en un caso de delito fiscal, expuso que *«De las actuaciones se infiere que, en el momento de realizarse la declaración complementaria por el acusado, reconociendo una deuda tributaria por importe netamente superior al declarado en el ejercicio en cuestión, aún no se había admitido a trámite la querrela por el delito contra la Hacienda Pública. Aunque hipotéticamente se admitiera que conoció el contenido de la misma a raíz de la citación realizada a través de su esposa, no es el conocimiento de los hechos integrantes del delito fiscal ni de la presentación contra él de una querrela no admitida aún a trámite, lo determinante para excluir los*

II. En el caso de que la Administración no hubiera iniciado actuaciones de comprobación de la situación fiscal del contribuyente, antes del conocimiento de la existencia de diligencias penales: bien antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél a quien se dirija; bien antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la existencia de diligencias de investigación.

Estas diligencias pueden iniciarse de oficio, por investigación previa de las fuerzas del orden, o por denuncia de particulares directamente presentada ante el Juzgado o la Fiscalía, en cuyo caso la regularización puede realizarse hasta el momento en que se le notifique al obligado tributario la incoación de las diligencias penales (64). En este sentido, la STS 1371/2000 puntualiza que la regularización puede llevarse a cabo «*hasta el mismo día de la notificación*» de la incoación de diligencias penales, e incluso unas horas antes de la misma, sin que ello sea impedimento para que el presunto infractor se beneficie de la excusa absolutoria (65).

Por lo tanto, puede afirmarse que existen tres momentos a partir de los cuales un comportamiento regularizador perderá su eficacia para eximir de responsabilidad criminal, o lo que es lo mismo, pueden concretarse tres causas que bloquean la regularización:

- a) La notificación de actuaciones de comprobación o investigación por la Administración tributaria.
- b) La interposición de querrela o denuncia notificada al querrelado o denunciado.
- c) El conocimiento formal de diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción.

Es indiferente, por tanto, el conocimiento que pudiera tener el obligado tributario de cualesquiera otras actuaciones que pudieran desembocar en la apertura del procedimiento penal por delito fiscal. Si la regularización tributaria se produce antes de que se inicie ese procedimiento específico, no impedirá la aplicación de la excusa absolutoria el conocimiento por el obligado tributario de otras circunstancias o actuaciones de las que pueda deducir la posible aper-

---

*efectos excluyentes de la responsabilidad criminal de la regularización tributaria sino el conocimiento de la realización de actuaciones en el curso de un procedimiento abierto para la persecución del delito fiscal».*

(64) Vid. LARIO PARRA, M. J., *El fraude a la Ley Tributaria...*, op. cit., p. 331.

(65) Vid. STS 1371/2000, de 29 de setiembre, FJ 2.º



tura de un procedimiento judicial contra él por delito fiscal. Cuestión diferente es si la declaración complementaria realizada por el acusado y los actos posteriores ante la Administración Tributaria integran la regularización a la que se refiere el citado artículo 305 del Código Penal. El sentido gramatical de la palabra regularización –ajustar o poner en orden de una cosa– poco ayuda a la fijación del significado con el que se utiliza el término en este precepto. El cumplimiento, por tanto, de la mera obligación formal de presentar la declaración no puede bastar para entender regularizada la situación tributaria, que se producirá cuando se cumpla la obligación principal (66).

En síntesis, del tenor literal del texto se desprende que la voluntad del legislador es ajustar el factor de espontaneidad de la regularización a unos «parámetros estrictamente normativos de naturaleza jurídico formal», procurando no regular «un concepto material o fáctico», susceptible de ser probado en juicio, acerca de si el comportamiento del sujeto fue efectivamente espontáneo, entendiéndose por tal la ausencia de conocimiento de la existencia de una investigación o comprobación en curso (67).

#### 4. LA REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA TRANSCURRIDOS CUATROS AÑOS

Uno de los problemas más latentes en relación con la regularización tributaria radica en la divergencia existente entre el plazo de prescripción regulado en la legislación tributaria para determinar y exigir el pago de la deuda tributaria, y el plazo de prescripción regulado en la legislación penal para el delito fiscal.

##### 4.1 Consideraciones generales

El fundamento natural de la prescripción de los delitos se halla en la necesidad de atribuir seguridad a las relaciones jurídicas expectantes del ejercicio de determinadas acciones, y ello se conecta con el

(66) *Vid.* SAP de Madrid, n.º 273/2005, de 7 de junio.

(67) *Vid.* BAÑERAS SANTOS, F., «Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica y requisitos para la aplicación de la exención por regularización contenida en el art. 305.4 del Código Penal». Ponencia reproducida en [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20Ba%C3%B1eres%20Santos%20Francisco.pdf?idFile=4731d001-1c08-40ef-bc50-edf9163005c3](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Ba%C3%B1eres%20Santos%20Francisco.pdf?idFile=4731d001-1c08-40ef-bc50-edf9163005c3), p. 12.

Derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas y, en general, entronca sus raíces en el principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 CE (68). En este sentido, el Tribunal Constitucional, en virtud de la STC 63/2005, de 14 de marzo, puso de manifiesto que «*el establecimiento de un plazo temporal para que el Estado pueda proceder a perseguir los delitos persigue a su vez es que no se produzca una latencia sine die de la amenaza penal que genere inseguridad en los ciudadanos respecto del calendario de exigencia de responsabilidad por hechos cometidos en un pasado más o menos remoto*» (69).

En virtud de la STC de 25/2018, de 5 de marzo (70), se sintetiza la doctrina cuya base y esencia se plasma en la STC 37/2010, de 19 de julio (71), de la que podemos extraer las siguientes consideraciones en cuanto a la prescripción se refiere:

1. La apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad criminal es, en principio, una cuestión de legalidad que corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece, por su propio contenido, de relevancia constitucional, lo que no significa, sin embargo, que cualquiera que sea la decisión que se adopte en materia de prescripción en el proceso penal sea irrevisable a través del recurso de amparo, sino que, por el contrario, la aplicación de dicho instituto en el caso concreto puede ser objeto de examen constitucional en sede de amparo.

2. La prescripción penal supone una autolimitación o renuncia del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamento en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal, y el principio de seguridad jurídica.

3. El canon aplicable para proceder a la revisión de una decisión judicial, apreciando o negando la existencia de prescripción, es el artículo 24 CE. Por ello, la decisión que desestime una pretensión de

---

(68) Vid. LARIO PARRA, M. J., *El fraude a la Ley Tributaria...*, op. cit., p. 343.

(69) Cfr. STC 63/2005, FJ 4.º, de 14 de marzo. Ciertamente, con anterioridad, desde la concepción de la figura de la prescripción acogida en la STC 157/1990, de 18 de octubre, y la posterior STC 63/2001, de 17 de marzo, se fijó el canon de enjuiciamiento constitucional aplicable en el examen de las decisiones aplicativas de la prescripción del delito; y las ulteriores SSTC 63/2005, de 14 de marzo, y 29/2008, de 20 de febrero, diseñan el marco de la actual doctrina constitucional sobre la institución.

(70) Vid. STC 25/2018, de 5 de marzo.

(71) Vid. STC 37/2010, de 19 de julio.

prescripción de una infracción penal debe contener un razonamiento expresivo de los elementos tomados en cuenta por el órgano judicial al interpretar las normas relativas a la institución, en el entendimiento de que esa interpretación debe estar presidida por la *ratio legis* o el 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 que sea respetuosa con los fines perseguidos por el instituto de la prescripción penal.

4. El establecimiento de un plazo temporal para que el Estado pueda proceder a perseguir las infracciones penales persigue, a su vez, que no se produzca una latencia *sine die* de la amenaza penal que genere inseguridad en los ciudadanos. Dicho con otras palabras, la existencia de la prescripción penal supone que la infracción penal tiene un plazo de vida, pasado el cual se extingue toda posibilidad de exigir responsabilidades por razón de su comisión.

5. El control constitucional se ciñe a verificar si la interpretación seguida por el órgano judicial se compadece con la esencia y fundamento de la prescripción y satisface la exigencia constitucional de que toda decisión judicial adoptada en esta materia manifieste un nexo de coherencia con la norma que le sirve de fundamento y con los fines que justifican la existencia de esa causa extintiva de la responsabilidad penal.

## 4.2 Prescripción tributaria versus prescripción penal

El artículo 305.4 CP incorpora una referencia expresa a los ejercicios prescritos en el ámbito tributario *—no así en el ámbito penal—*, al estipular que los efectos de la regularización resultarán así mismo aplicables *«cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa»*.

Por su parte, el artículo 66 LGT manifiesta que prescribirá a los cuatro años el derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna declaración, así como el derecho a exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas o autoliquidadas.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 131 CP, tras la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el CP, sigue manteniendo un plazo de prescripción de cinco años (72) para

---

(72) En este sentido, señala el primer apartado del precepto que *«los delitos prescriben:*

«los restantes delitos graves», entre los que se ubica el delito contra la Hacienda Pública, castigado con una pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo. Posteriormente, la LO 7/2012 introdujo, por medio del artículo 305 bis, un tipo agravado con penas máximas de prisión de hasta diez años, con la consiguiente elevación, lógicamente, de los plazos de prescripción. Así, el «quinto año» será aquél en el que aunque haya prescrito administrativamente la infracción, esta continúa «viva» a efectos penales (73), lo que puede dar lugar a que transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años previsto en el artículo 66 LGT, un contribuyente presente una declaración extemporánea para regularizar un comportamiento constitutivo de infracción producida en un periodo impositivo, pero siendo susceptible de ser investigado aún por delito contra la Hacienda Pública, al no haber transcurrido el plazo de prescripción establecido en la norma penal (74).

El hecho de que existan plazos de prescripción diferentes, uno para la determinación de la deuda tributaria y otro para la persecución de un delito contra la Hacienda Pública, ha sido plenamente admitido por nuestra jurisprudencia sobre la base de las diferentes potestades desplegadas, la diferente gravedad, y la mayor ofensa infringida al ordenamiento jurídico (75).

En este contexto traemos a colación la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 2 de febrero de 2017 (76). En esta resolución la controversia se suscita en torno a

---

*A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años.*

*A los quince, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años.*

*A los diez, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez.*

*A los cinco, los demás delitos, excepto los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año».*

(73) Vid. FALCÓN Y TELLA, R., «La regularización del quinto año», en *Revista Quincena Fiscal*, n.º 4, 2012, pp. 7 a 11.

(74) Vid. STS 1146/2017, de 29 de junio, FJ 3.º

(75) Vid. STS 1822/2017, de 27 de noviembre, FJ 1.º En igual sentido, en la STS 1807/2001, de 30 de octubre, se declara la independencia de ambos plazos de prescripción, dada la diversidad de las finalidades y la gravedad de las conductas (FJ 9.º); y en la STS 2069/2002, de 5 de diciembre, manifiesta que «la unidad del ordenamiento jurídico no resulta así afectada en modo alguno en cuanto se mantiene dentro del mismo la necesaria proporcionalidad y coherencia entre las reacciones correspondientes a las conductas constitutivas de delito y a las que solamente alcanzan el nivel de infracción administrativa, lo que se manifiesta no solo en la entidad de las sanciones, sino también en los plazos necesarios para que opere la prescripción» (FJ 2.º).

(76) Resolución 5431/2013, del Tribunal Económico-Administrativo Central, de 2 de febrero de 2017.

cierta regularización fiscal sin requerimiento previo, efectuada transcurridos los cuatro años que determinan la prescripción tributaria, y relativa a un ilícito que podría entrañar responsabilidad penal por delito contra la Hacienda Pública, al no haberse cumplido los cinco años de prescripción penal. El TEAC pone de manifiesto que la obligación de satisfacer el interés de demora constituye una prestación accesoria a la obligación principal. Los reclamantes sostienen que debe entenderse prescrito el derecho a liquidar intereses de demora por presentación de autoliquidaciones fuera de plazo, toda vez que ha prescrito la obligación principal. Si bien es cierto, con anterioridad esta cuestión ha sido ya tratada por el mismo Tribunal Central, en Resolución de fecha 22 de julio de 2011 (77), y confirmada posteriormente por la sentencia de la Audiencia Nacional, de 17 de diciembre de 2012, resolviendo que *«incluso aunque la obligación principal hubiese estado incurrida en prescripción, el cumplimiento tardío de la misma constituiría una renuncia a la prescripción ganada»*. El Tribunal nos recuerda que, según el artículo 59.1 LGT, las deudas tributarias podrán extinguirse *«por pago, prescripción, compensación o condonación, por los medios previstos en la normativa aduanera y por los demás medios previstos en las leyes»*. Y entiende que las deudas regularizadas en el caso objeto de litigio se han extinguido por pago, no por prescripción, por lo que *«no cabe considerar que el recargo –ni los correspondientes intereses– han prescrito por prescripción de la obligación principal»*.

No obstante lo anterior, el TS se ha mostrado contrario a la renuncia de la prescripción tributaria ganada. Así, por ejemplo, en la sentencia de 12 de noviembre de 1998 puso de manifiesto que *«la prescripción es una institución que, al servicio de la seguridad jurídica, impide que la desidia o la negligencia del acreedor prolongue indefinidamente la exigibilidad de una deuda, lo que en el campo del derecho privado concede al obligado la facultad de enervar la acción reclamatoria del crédito, cuando ha transcurrido el plazo fijado por la Ley, facultad que puede ejercitarse o no y por lo tanto renunciarse expresa o tácitamente»* (78). En la misma línea, Moya-Angeler Sánchez ha esgrimido que *«sin duda, la mayor diferencia que existe entre la prescripción tributaria y la civil es la imposibilidad de renunciar a la prescripción ganada, dada la distinta naturaleza de las obligaciones tributarias y las civiles, así como la prohibición recogida en el*

---

(77) Resolución 4926/2006, del Tribunal Económico-Administrativo Central, de 22 de julio de 2011.

(78) Cfr. STS 6667/1998, de 12 de noviembre, FJ 3.º

art. 17 LGT, de alterar los elementos de la obligación tributaria por actos o convenios de los particulares» (79).

Por su parte, el vigente artículo 69 LGT, y en similares términos el artículo 32 del Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación, declaran que la prescripción ganada extingue la deuda tributaria y se aplicará de oficio, incluso en los casos en que se haya pagado la deuda tributaria, sin necesidad de que la invoque o excepcione el obligado tributario.

En cualquier caso, Bajo Fernández va más allá y considera que el hecho de que la Administración tributaria no pueda a partir de los cuatro años determinar la deuda, exigir el pago, imponer sanciones ni conminar a la devolución de los ingresos indebidos, convierte en imposible la lesión del bien jurídico a partir de la prescripción administrativa, lo que indudablemente hace desaparecer la tipicidad del delito fiscal (80). Idéntico criterio sigue el TS, que después de catalogar el delito fiscal como un delito especial propio, de naturaleza patrimonial y de resultado, cuyo bien jurídico protegido es el patrimonio de la Hacienda Pública en su manifestación relativa a la recaudación tributaria, confirma que la presencia de un bien jurídico digno de protección es elemento imprescindible, al menos en el sentir de la doctrina mayoritaria (81), para la justificación de la existencia del delito. Sostiene, además, que su desaparición conduciría a la falta de tipicidad de la conducta, de tal modo que si transcurren cuatro años sin que la Administración actúe, su interés en el cobro de la cuota defraudada desaparece, lo que provoca la desaparición del bien jurídico sin el cual no es posible sostener la existencia del delito (82).

---

(79) Cfr. MOYA-ANGELER SÁNCHEZ, J., «La prescripción tributaria», en *Diario La Ley*, n.º 7814, 2012, p. 2.

(80) Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., «La polémica prescripción del delito fiscal (A propósito de la STS de 6 de noviembre de 2000)», en *Actualidad Penal*, n.º 8, 19 al 25 de febrero de 2001, p. 2.

(81) Entre otros, vid. CÓRDOBA RODA, J., «Prescripción tributaria y delitos contra la Hacienda Pública», en *Diario La Ley*, n.º 4886, 1999, p. 2; FERREIRO LAPATZA, J. J., «Prescripción tributaria y delito fiscal», en *Diario La Ley*, n.º 4886, 1999, p. 5, que apuntan que, si la Administración renuncia a su derecho de autoprotección porque no despliega su actividad inspectora durante cuatro años, se entiende que no hay perjuicio alguno, por lo tanto, tampoco existiría ya un bien jurídico a proteger.

(82) Vid. STS 2069/2002, de 5 de diciembre, FJ 2.º

### 4.3 Cómputo del plazo de prescripción

#### 4.3.1 COMIENZO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN (*DIES A QUO*)

El artículo 132.1 CP dispone, por lo que aquí interesa, que «*los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible*».

Tal y como ya se ha indicado, el delito fiscal se configura como un delito de infracción de un deber (83) y, en concreto, de la infracción de un deber de contribuir mediante el pago de tributos al sostenimiento de los gastos públicos (84), con afectación al patrimonio de la Hacienda pública (85), de tal modo que el núcleo del tipo consiste en la «*elusión de tributos*», el cual es esencialmente un comportamiento omisivo (86).

Pues bien, la prescripción comienza cuando el delito se consuma y, en consecuencia, el cómputo del plazo no puede iniciarse antes de que el delito se haya perfeccionado, por la producción del resultado típico (87). Atisba Rodríguez Mourullo que, a partir de la reforma del delito fiscal operada por la LO 7/2012, el momento consumativo de este delito queda retrasado hasta que «*precluya para el defraudador la posibilidad de regularizar*» (88).

Resulta necesario distinguir dos supuestos en relación a esta cuestión:

a) En los casos de tributos exigidos mediante autoliquidación, se debe considerar la fecha de presentación y, en caso de omisión, la de expiración del plazo voluntario de presentación de declaraciones (89).

b) En los casos de tributos periódicos, el tipo solo debe estimarse realizado cuando haya expirado el plazo para la declaración correspondiente al último período impositivo, es decir, cuando ya ha concluido el ejercicio anual (90). Deben tenerse en consideración aquellos supuestos en los que un mismo sujeto realice la misma conducta de elusión de tributos a lo largo de varios años. Al respecto, señala de manera expresa la STS 797/1999 que «*toda la actuación delictiva,*

(83) Sobre esta cuestión, *vid.* STS 157/2018, de 5 de abril, FJ 2.º

(84) *Vid.* STS 44/2003, de 3 de abril, FJ 17.º

(85) *Vid.* STS 374/2017, de 24 de mayo, FJ 10.º

(86) *Vid.* STS 44/2003, de 3 de abril, FJ 17.º

(87) *Vid.* LARIO PARRA, M.J., *El fraude a la Ley Tributaria...*, *op. cit.*, p. 353.

(88) *Cfr.* RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «*Algunas reflexiones sobre la reforma penal*», en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 47, 2013, p. 44.

(89) *Vid.*, por todas, STS 1688/2000, de 6 de noviembre.

(90) *Vid.* STS 1599/2005, de 14 de noviembre.

*realizada por el recurrente se enmarca en una pluralidad de acciones que se analiza como una unidad derivada de un único proyecto que se materializa en distintas acciones, por lo que el inicio del cómputo prescriptivo se realiza desde la finalización de la última de las acciones en cuyo plan se integraba» (91).*

#### 4.3.2 LA INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN (*DIES AD QUEM*)

El artículo 132.2 CP, tras la entrada en vigor de la LO 5/2010, de reforma del Código Penal, queda redactado como sigue:

*«La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente (92) responsable del delito, comenzando a correr de*

---

(91) Cfr. STS 797/1999, de 20 de mayo, FJ 5.º

(92) Al respecto, la STS 33/2005, de 13 de enero, puso de manifiesto que *«Es preciso reiterar, una vez más, que la prueba indiciaria es prueba apta para integrar la prueba de cargo suficiente capaz de provocar el derecho a la presunción de inocencia y de justificar el dictado de una sentencia condenatoria. Así lo reconoció el Tribunal Constitucional en sus sentencias 174/85 y 175/85 ambas de 17 de diciembre y lo mismo puede decirse de esta Sala de casación a partir de STS de 14 de octubre de 1986. (...) Por lo que se refiere a esta Sala II en más de un centenar de sentencias sólo en el año 2004 se ha estudiado la prueba de indicios (...). Por su parte, la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya desde la sentencia de 18 de enero de 1978 Irlanda vs. Gran Bretaña declaró que «... a la hora de valorar la prueba, este Tribunal ha aplicado el criterio de la prueba más allá de la duda razonable. Sin embargo, tal tipo de prueba se puede obtener de la coexistencia de inferencias suficientemente consistentes, claras y concordantes o de similares presunciones de hecho no rebatidas...», doctrina que se ha reiterado en otras resoluciones, entre las que se pueden citar las SSTEDH de 27 de junio de 2000 Salman vs. Turquía; 10 de abril de 2001 Tamli vs. Turquía; y 8 de abril de 2004 Tahsin vs. Turquía.*

*Por ello, de una vez por todas es preciso contar con la prueba indiciaria sin desconfianzas ni complejos.*

*Existen dos fuentes de conocimiento empírico de los hechos pasados: la prueba directa y la prueba de indicios o indirecta, en plano de igualdad, por ello, la prueba indiciaria no es una prueba más insegura que la directa, ni subsidiaria.*

*Es finalmente una prueba al menos tan garantista como la prueba directa, y probablemente más porque el plus de motivación que exige para explicitar y motivar el juicio de inferencia alcanzado para llegar del hecho base acreditado, al hecho consecuencia, actúa en realidad como un plus de garantía que permite un mejor control del razonamiento del Tribunal a quo cuando el Tribunal Superior conoce del tema vía recurso, con lo que hay un mejor y más acabado control de la interdicción de la arbitrariedad, que en relación a la prueba directa la que por mor de la inmediación se convierte en prueba de imposible fiscalización por quien no hubiera presenciado el juicio o incluso en una excusa o coartada para eximirse de deber de motivar o reducirlo a una entidad puramente formal, ello sin contar con los problemas de todo tipo que plantea la aprehensión de la realidad y la transmisión y exteriorización de ese*



*nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes:*

*1.º Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito.*

*2.º No obstante lo anterior, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia. Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en la regla 1.ª, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia. Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia si, dentro del plazo de seis meses, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrellada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dicho plazo, el juez de instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo.*

*3.º A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho».*

Lo más relevante después de la reforma de 2010 es el dictado de una resolución judicial que no sea de puro trámite, sino que encierre un contenido decisorio que suponga dirigir el procedimiento contra una persona determinada o determinable por unos hechos suficientemente identificados en sus coordenadas básicas y supuestamente delictivos. La redacción del art. 132 CP, además de esa esencialidad o sustancialidad que ha de ser predicable de una resolución para que se le anude esa fuerza interruptora, introduce otra exigencia más formal o exterior: su necesaria motivación, aunque sea sucinta. La exigencia

---

*conocimiento por el testigo como se pone de relieve por parte de los especialistas en psicología del testimonio, y que pueden provocar errores judiciales...».*

de una cierta motivación externa que rodee la decisión es requisito añadido para las resoluciones dictadas después del 23 de diciembre de 2010 (93).

Conforme a la nueva regulación de la prescripción, lo esencial de cara a su interrupción es el acto judicial de dirección del procedimiento. Y se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que al incoar la causa, o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito (art. 132.2.1.<sup>a</sup> CP). La interpretación sistemática de la norma pone manifiestamente de relieve que «entre las resoluciones previstas en este artículo», que tienen la virtualidad para interrumpir la prescripción o ratificar la suspensión producida por la presentación de la querrela o denuncia en la que se atribuya a persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito, la más caracterizada es precisamente el auto de admisión de dicha querrela o denuncia (94).

De acuerdo con esta regulación del CP, recogida en el artículo 132.2.2.<sup>a</sup> CP, se ha ganado en seguridad jurídica con una norma que establece que la interposición de una querrela o denuncia interrumpe el plazo de prescripción, como sostenía la doctrina del Tribunal Supremo, pero siempre y cuando en el plazo de 6 meses desde la interposición de la misma se dicte una resolución judicial motivada en la que se atribuya a una persona en concreto su presunta participación en unos hechos que puedan ser constitutivos de delito, es decir, que se admita judicialmente la denuncia o querrela (95).

En consecuencia, admitida judicialmente la querrela, e incoada una causa penal contra el querrellado por su participación en los hechos que se le imputan en la misma, la prescripción queda interrumpida y no se requiere un auto adicional de imputación formal (96).

En puridad, con esta reforma de 2010 el legislador exige una resolución judicial motivada para la interrupción de la prescripción, admitiendo, no obstante, que la mera presentación de la querrela o denuncia suspenda el cómputo de la prescripción siempre y cuando el juez dicte una resolución motivada dentro de un determinado plazo. Hay autores que afirman, sin embargo, que esta reforma origina gran confusión,

---

(93) *Vid.* STS 794/2016, de 24 de octubre, FJ 4.º

(94) *Vid.* STS 690/2014, de 22 de octubre de 2014, FJ 4.º

(95) *Vid.* STS 690/2014, de 22 de octubre de 2014, FJ 3.º

(96) *Vid.* STS 832/2013, de 24 de octubre, FJ 2.º

pues, «se quiere servir a dos señores y no se sirve a ninguno, dañándose gravemente la seguridad jurídica» (97).

#### 4.4 Naturaleza del ingreso extemporáneo

Admitida la posibilidad de regularizar el quinto año, una vez han transcurrido cuatro años desde la infracción tributaria cometida, esto es, una vez prescrita la infracción administrativa desde el momento de la presentación de la declaración complementaria, pero que no resulta prescrita penalmente, la cuestión controvertida se centra en dilucidar cuál es la naturaleza del ingreso extemporáneo de una deuda prescrita en el ámbito tributario. Cabe plantearse, en este sentido, si estamos ante un ingreso indebido, cuya devolución podía solicitarse al amparo de lo previsto en la letra c) del apartado 1 del artículo 221 LGT, o bien ante un pago irreversible (98). Al respecto, el art. 221.1.c) LGT señala, como una de las causas por las que se puede iniciar el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la devolución de ingresos indebidos, ya de oficio, ya a instancia del interesado, «*que se hayan ingresado cantidades correspondientes a deudas o sanciones tributarias después de haber transcurrido los plazos de prescripción*». Ahora bien, con una importante salvedad que no podemos dejar en un segundo plano, y que no es otra que la introducida por el RDL 12/2012, cuando apunta que «en ningún caso se devolverán las cantidades satisfechas en la regularización voluntaria establecida en el artículo 252 de esta Ley» (99).

Así pues, tal y como tiene declarado el TS a tenor de la STS de 29 de junio de 2017 (100), la actuación de un sujeto, pretendiendo la solicitud de devolución de un ingreso realizado una vez ya había prescrito la infracción tributaria, resultaría «*contraria a sus propios actos*» y hasta «*podría calificarse como fraude de ley*», en tanto en cuanto realiza un ingreso para conseguir la exoneración de la responsabilidad

(97) Cfr. MARTÍN QUERALT, J., «Delitos contra la Hacienda Pública. Paradojas y razones para su reforma», en *Revista Tribuna Fiscal*, n.º 221, 2009, p. 9.

(98) Vid. STS 1146/2017, de 29 de junio de 2017, FJ 4.º

(99) Con gran atino nos recuerda el FJ 4.º de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de junio de 2017, ya citada, que «*con anterioridad a la modificación de la Ley General Tributaria operada por el Real Decreto-Ley 12/2012, no existía en dicha ley previsión alguna relativa a la exoneración de responsabilidad por el delito de defraudación tributaria, por lo que debía estarse a la regulación del Derecho Penal, no estando tampoco facultada la Administración para determinar si el obligado tributario había o no regularizado la situación tributaria, al corresponder efectuar dicho análisis a la jurisdicción penal*».

(100) Vid. FJ 5.º de la STS de 29 de junio de 2017.

penal, utilizando luego la literalidad del artículo 221.1 c) LGT para burlar el pronunciamiento penal, dado que el ingreso impone la apreciación por la jurisdicción penal de la excusa absolutoria, obteniendo el sujeto así la exoneración de su responsabilidad penal.

Ciertamente, lo expuesto impide que el contribuyente, al ingresar la deuda tributaria transcurridos cuatro años, pero antes de los cinco años de prescripción penal *–período del cuarto año al quinto–*, consiga además de la exoneración de responsabilidad penal, el derecho a la devolución de dichos ingresos indebidos *–si ingresa la deuda no la recuperará solicitando su devolución–*, pues la deuda tributaria ya habría prescrito tras el cumplimiento del plazo de cuatro años (101). En otras palabras, de los argumentos esgrimidos en casación, por la STS 1146/2017, de 29 de junio, se aduce que el ingreso se entiende debido, ya que fue necesario para la aplicación de la excusa absolutoria en sede penal, lo que a la postre significa que, por un lado, el hecho de solicitar por parte del contribuyente la devolución de unos ingresos de los que se aprovechó *–para obtener efectos jurídico-penales beneficiosos–*, sería ir contra sus propios actos y, por otro lado, se plantea la posibilidad de entender como de mala fe la solicitud de devolución de ingresos indebidos realizada con el fin de, una vez aplicada la excusa absolutoria, poder obtener la devolución del ingreso aplicado a tal efecto (102).

Así mismo, de manera coherente, en la actual redacción del artículo 305.7 CP se contempla la declaración de la responsabilidad civil *ex delicto* a pesar de que haya prescrito la deuda tributaria, lo que presupone que no se estima producida la regularización tributaria pese a la prescripción administrativa. Es por ello que la responsabilidad civil comprenderá el importe de la deuda tributaria que la Administración Tributaria no haya liquidado por prescripción u otra causa legal (103). A este respecto, de la jurisprudencia penal se erige que, en caso de delito, se produce una novación de la obligación tributaria, que desaparece como tal, surgiendo en su lugar una responsabilidad civil derivada del propio delito (104).

---

(101) Al respecto, *vid.* CHICO DE LA CÁMARA, P., «Análisis de la «amnistía fiscal» aprobada por el Gobierno mediante el RDL 12/2012, de 30 de marzo», en *Partida Doble*, n.º 243, 2012, p. 120.

(102) *Vid.* BENÍTEZ CLERIE, P., «El «recurso del quinto año»: la corrección definitiva del ingenio», en *Revista de Contabilidad y Tributación*, n.º 418, 2018, p. 17.

(103) *Vid.* CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *La aplicación práctica del delito fiscal: cuestiones y soluciones*, 2.ª ed. Bosch, Barcelona, 2016, p. 13.

(104) *Vid.*, por todas, la STS 1940/2000, de 18 de diciembre, que expone que «la deuda tributaria resultante del expediente administrativo no pasa al debate judicial como un dato predeterminado, intangible e invariable, inmune a la contradicción».

Pues bien, a modo de conclusión, debemos indicar que la regularización tributaria durante el «quinto año» permite al contribuyente eludir el tipo del delito fiscal, que en otro caso se aplicaría. Sin embargo, dicha regularización se torna inexigible desde la óptica tributaria, toda vez que ha transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años, amén de que la propia normativa en vigor impide la devolución al contribuyente del ingreso efectuado (105). Empero, este fenómeno de la novación de la obligación tributaria en la responsabilidad civil, jurisprudencialmente consolidada, no ha resultado pacífico en la doctrina (106).

## 5. EFECTOS DE LA REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA

Una vez expuestos los presupuestos necesarios para que la regularización de la situación fiscal del sujeto pasivo surta efectos en el ámbito penal como excusa absolutoria, eximiéndole de la pena que, en otro caso, le sería impuesta, procedemos a analizar ahora el alcance de dicha regularización, estudiando, por un lado, los delitos que pueden resultar afectados y, por otro lado, si es posible hacer extensión de la excusa absolutoria a terceros sujetos implicados.

---

*procesal, sino que es precisamente la sentencia penal la que determina su cuantía pasando por ello en autoridad de cosa juzgada, sin posibilidad de revisión administrativa ulterior habida cuenta el principio de preferencia de la Jurisdicción Penal (artículo 44 L.O.P.J.). Pues bien, siendo ello así, forzosamente ha de entenderse comprendida en la responsabilidad civil aneja al delito la indemnización correspondiente o «quantum» del perjuicio causado a la Hacienda Pública, cuya integridad constituye el bien jurídico tutelado por el artículo 305 ya señalado, constituyendo la sentencia que declara la misma el título de ejecución único para hacer efectiva la deuda tributaria» (FJ 4.º).*

(105) *Vid.* SANZ DÍAZ-PALACIOS, J.A., A vueltas con la regularización tributaria... *op. cit.*, p. 9.

(106) Así, entre otros, Falcón y Tella ha señalado que «Obviamente el problema surge por la tesis que lamentablemente se ha impuesto en la jurisprudencia penal (STS 18 diciembre 2000), según la cual en caso de delito se produce una novación de la obligación tributaria, que desaparece como tal surgiendo en su lugar una responsabilidad civil derivada del propio delito. Como he indicado en otras ocasiones, en mi opinión no existe ningún fundamento para esta extravagante construcción, pues el delito no puede ser una causa de extinción ni de novación de la obligación incumplida. Por tanto, la obligación tributaria no se extingue ni se transforma, sino que sigue siendo una obligación derivada del hecho imponible, y por tanto previa al delito. Pero ello obligaría a reconocer trascendencia penal a la prescripción tributaria, y no se ha querido dar este paso, lo que genera problemas artificiales como el planteado». *Cfr.* FALCÓN Y TELLA, R., La regularización del quinto año..., *op. cit.*, p. 3.

### 5.1 Alcance objetivo de la regularización tributaria: delito fiscal y delito contable

El principal ilícito penal que queda neutralizado con la excusa absolutoria del artículo 305.4 CP (107) es el denominado delito fiscal, definido por la jurisprudencia como un delito de infracción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante el pago de tributos (108). No obstante, los efectos que alcanza la exención no se circunscriben a la responsabilidad penal del delito fiscal o de defraudación tributaria, sino que afecta también a los posibles delitos contables y a las denominadas falsedades instrumentales (109).

A tales efectos, subraya el artículo 305.4 CP que la regularización por el obligado tributario de su situación tributaria *«impedirá que se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria»*.

En primer lugar, las irregularidades contables aludidas, cuya tipificación se halla en el artículo 310 CP, estarán exentas de responsabilidad en tanto presenten naturaleza de actos preparatorios que, como tal, quedan absorbidos por el delito fiscal, con lo que la impunidad de éste conlleva la de aquél (110). Además, el apartado cuarto del artículo 305 CP requiere que tales irregularidades cumplan una serie de requisitos:

1) Que las falsedades documentales posean un carácter instrumental respecto de la defraudación tributaria. Tiene que darse, por tanto, una relación de medio-fin entre los tipos penales de la falsedad y del delito fiscal. Sin entrar a examinar las normas penales sobre concurso de delitos, porque no es objeto de estudio en este análisis, tan sólo apuntaremos que será suficiente con que en el caso concreto se dé esa conexión según «el plan del autor»; únicamente en este caso es

---

(107) Recordemos que el art. 305.4 CP comienza exponiendo que *«quedará exento de responsabilidad penal (...)»*.

(108) Vid. STS 2069/2002, de 5 de diciembre, FJ 2.º

(109) Vid. LARIO PARRA, M. J., *El fraude a la Ley Tributaria...*, op. cit., p. 333.

(110) En este sentido, según el art. 8 CP: *«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: (...) 3.ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumadas en aquél»*.

posible una valoración unitaria del hecho en su conjunto y la exención de la pena puede alcanzar el delito medio (111).

2) Que se den exclusivamente en relación con la deuda tributaria objeto de regularización. Puede suceder, en cambio, que la irregularidad o el documento se falsee con el objeto de provocar otros delitos con independencia del delito de defraudación tributaria, en cuyo caso habría que ponderar los bienes jurídicos afectados (112).

3) Que sean previas a la regularización, quedando fuera del alcance de la excusa las falsedades tendentes al encubrimiento del delito fiscal.

En segundo lugar, en cuanto a las falsedades contables, debe tenerse en cuenta que las irregularidades de este tipo producen efectos no solo para la Hacienda Pública, sino también para terceros, pues como es sabido, los libros contables constituyen un instrumento de información societaria. La posibilidad de aplicación de otros tipos penales no se encontraría afectada por la excusa absolutoria (113).

Finalmente cabe añadir que, con arreglo a lo estatuido por la Disposición Final 5.<sup>a</sup> CP, en el caso de que el hecho principal no rebase el límite de la punibilidad –*esto es, cuando la cuota defraudada sea inferior a 120.000 euros*– y, en consecuencia, la defraudación sea constitutiva de infracción administrativa, la exención de responsabilidad penal contemplada en el artículo 305.4 CP resultará igualmente aplicable a las irregularidades contables y falsedades documentales.

## 5.2 Alcance subjetivo de la regularización tributaria

Al conjugar los apartados primero y cuarto del artículo 305 CP, la extensión subjetiva de la responsabilidad penal sólo alcanza al autor de la defraudación fiscal. Así, se describe que *«el que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública (...) será castigado (...) salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo»*.

Así pues, la discusión se limita a discernir si los efectos de la regularización por parte del obligado tributario, ya sea una persona física o

---

(111) Vid. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *La aplicación práctica del delito fiscal...*, op. cit., p. 20.

(112) Para más detalle sobre esta cuestión, vid. SOLAZ SOLAZ, E., «El delito fiscal, aspectos conflictivos», en *La Ley Penal*, n.º 20, 2005, pp. 80-100.

(113) Tal y como considera, entre otros, CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *La aplicación práctica del delito fiscal...*, op. cit., p. 21.

jurídica, alcanzan o no a terceros o *extraneus* (inductores, cooperadores o cómplices) que hayan podido participar en el delito.

Cierto sector doctrinal otorga a la excusa absolutoria un carácter objetivo, de forma que nada se opone a que la exención de la pena pueda alcanzar también a los partícipes de un delito fiscal que finalmente es regularizado (114). Ciertamente, a juicio de Choclán Montalvo (115), partidario de la corriente doctrinal expuesta, la extensión o no de los efectos de la regularización al partícipe exige distinguir entre la naturaleza objetiva o personal del elemento excluyente de la punibilidad, mientras que las causas personales de exclusión de la pena no alcanzan a todos los intervinientes, sino a aquellos en quienes efectivamente concurra el elemento excluyente de la punibilidad. Las causas objetivas de exclusión de la punibilidad sí despliegan su eficacia igualitaria para todos los intervinientes del hecho, como sucede en el caso de la excusa absolutoria de la regularización tributaria. En opinión del autor señalado, resulta indiferente que el partícipe haya cooperado o no a la reparación, porque la excusa analizada no es una causa personal de levantamiento de la pena, sino que se refiere al hecho y, por ello, alcanza a los partícipes, hayan contribuido o no a la reparación. Además, esta solución puede obtenerse igualmente de los fundamentos subyacentes del art. 65 CP. En esta misma línea, Rancaño Martín atisba que «sin perjuicio de los problemas que plantea la posibilidad de que sea el partícipe el que pretenda la regularización de su situación tributaria, lo cierto es que habría que admitir que la regularización de la situación tributaria por parte del autor libera la pena de los partícipes y que éstos, asimismo y con independencia de la conducta del autor, podrían ampararse en la excusa absolutoria cuando regularizaran su situación tributaria» (116).

Otro sector doctrinal, en cambio, considera que la excusa absolutoria tiene un carácter subjetivo y, por lo tanto, sólo puede beneficiar al sujeto que regularice su situación tributaria (117). Afín a esta doctrina se encuentra Iglesias Río (118), para quien la regularización tributaria se configura como una causa personal de exclusión de la responsabilidad penal que, como tal, beneficia única e individual-

---

(114) *Vid.*, por todos, LARIO PARRA, M. J., «El fraude a la Ley Tributaria...», *op. cit.*, p. 336.

(115) *Vid.* CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *La aplicación práctica del delito fiscal...*, *op. cit.*, pp. 21 y 22.

(116) *Cfr.* RANCAÑO MARTÍN, M. A., *El delito de defraudación tributaria*. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 123.

(117) *Vid.* LARIO PARRA, M. J., *El fraude a la Ley Tributaria...*, *op. cit.*, p. 335.

(118) *Vid.* IGLESIAS RÍO, M. A., *La regularización fiscal en el delito...* *op. cit.*, pp. 105 y 106.



mente al sujeto concretamente afectado y no a los partícipes, los cuales podrán ser condenados por su participación en la comisión del delito fiscal y, en su caso, por los posibles delitos instrumentales.

La jurisprudencia, por su parte, ha reconocido que la regularización tributaria opera como causa objetiva de exclusión de la punibilidad. En este sentido, el Auto del TS de 22 de diciembre de 1995 (caso Filesa) aduce que *«introducir una limitación respecto de los partícipes no sería compatible con la prohibición de la analogía deducida del principio de legalidad (art. 25.1 CE). En efecto, toda restricción de una eximente que vaya más allá del sentido del texto importa una ampliación de la punibilidad legalmente prevista, que la doctrina moderna ha reconocido mayoritariamente como contraria a la prohibición de la analogía»*.

Ciertamente, la contribución del partícipe se regula como circunstancia atenuante en el apartado sexto del artículo 305 CP, cuando no existiendo regularización por el obligado tributario, *«colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado tributario o de otros responsables del delito»*. Así, para el caso de que el obligado tributario haya regularizado su situación tributaria, le alcanzará la exclusión del reproche penal, aunque no haya realizado ninguna de las acciones de colaboración activa descritas en el precepto referenciado (119).

En definitiva, parece lógico y coherente posicionarse con la tesis consistente en que la regularización exoneradora de responsabilidad penal sólo resultará de aplicación en aquellos intervinientes en quienes concurra. Sin embargo, este instrumento también afectará a los partícipes, que podrán *«autodenunciarse»* –fruto del arrepentimiento postdelictivo– en la forma preceptuada para los autores del delito, reconociendo la deuda, aunque es obvio que el pago íntegro inherente a la regularización tributaria no puede ser exigible para el *extraneus*.

## 6. CONCLUSIONES

1. Del tenor literal del artículo 305 CP, se avala la naturaleza jurídica de excusa absoluta en la regularización tributaria, de tal suerte que no forma parte del tipo penal ni altera las reglas en materia

---

(119) Vid. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *La aplicación práctica del delito fiscal...*, op. cit., p. 23.

de consumación del delito fiscal. En efecto, la LO 7/2012 anuncia que la regularización tributaria supone «*el verdadero reverso del delito*», de manera que «*resulte neutralizado no sólo el desvalor de la acción, con una declaración completa y veraz, sino también el desvalor del resultado mediante el pago completo de la deuda tributaria y no solamente de la cuota tributaria como ocurre actualmente*».

Desde una perspectiva formal, como se ha indicado, la regularización tributaria podría ser definida como «*un acto de aplicación de los tributos realizado extemporáneamente, pero con sujeción a los procedimientos legal y reglamentariamente establecidos, que tiene por objeto un hecho imponible que no fue declarado en el momento oportuno o respecto al cual la declaración-liquidación presentada por el sujeto pasivo fue incompleta o inexacta*». Por el contrario, desde una perspectiva material, la regularización tributaria sería «*toda actuación mediante la cual una persona física o jurídica reconoce que ha eludido el pago de una deuda tributaria ocultando su existencia a la Administración tributaria*».

Con todo, para que la regularización tributaria produzca los efectos propios naturales de excusa absolutoria, debe conjugar ambos aspectos, el material y el formal, por lo que esta regularización debe consistir en una declaración-liquidación extemporánea en la que se identifique expresamente el período impositivo al que se refiere y contenga, únicamente, los datos relativos a dicho período.

2. El texto punitivo vigente establece que la regularización requiere del reconocimiento de la deuda tributaria y su pago, como requisito dual. Y nos dice la norma que «*se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria*». Pues bien, este requisito novedoso relativo al completo reconocimiento de la deuda tributaria implica que la regularización debe corresponderse con una declaración completa y veraz, pues una pretendida regularización que incurra en nuevas manifestaciones falaces resultará ineficaz en cuanto al objetivo que se persigue.

Ciertamente, para que la regularización despliegue toda su virtualidad, esta debe ser íntegra y completa. Por tanto, no puede tener eficacia exoneradora una regularización parcial, tendente a disminuir o rebajar la cuota defraudada por debajo del límite de los 120.000 euros, dejando la ilicitud en sede administrativa. La regularización con ingreso parcial, sin perjuicio de que pueda producir efectos en la determinación de la pena, resulta ineficaz.

Además del completo reconocimiento y pago, se exige que el pago realizado sea de la deuda tributaria, y no de la cuota impagada, como venía ocurriendo hasta la reforma operada por la LO 7/2012.

3. Para que la regularización despliegue toda su eficacia, debe tener lugar de manera espontánea. Así, el artículo 305.4 CP establece que para que regularización tenga ese carácter tiene que llevarse a cabo dentro de unos límites temporales concretos, a partir de los cuales un comportamiento regularizador perderá su eficacia para eximir de responsabilidad criminal, o lo que es lo mismo, pueden concretarse tres causas que bloquean la regularización:

- a) La notificación de actuaciones de comprobación o investigación por la Administración tributaria.
- b) La interposición de querrela o denuncia notificada al querrelado o denunciado.
- c) El conocimiento formal de diligencias practicadas por el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción.

4. La regularización responde, esencialmente, a medidas de política fiscal, dependiendo directamente de cada coyuntura económica. Es por ello que, al perseguirse predominantemente objetivos fiscales, surgen ciertas dudas acerca de la justificación de la regularización prevista en el CP que, finalmente, es acogida acudiendo a los criterios de reparación, desistimiento y arrepentimiento activo, por basarse en idénticos principios. Quizá por esta razón, en otros ordenamientos el pago de las obligaciones tributarias sólo funciona como circunstancia atenuante, aunque en España también se contempla dicha atenuación en uno o dos grados, cuando no prospere la regularización, una atenuación de la pena si el sujeto satisface la deuda tributaria y reconoce judicialmente los hechos antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial.

La atenuación de la pena prevista en el texto penal será igualmente aplicable respecto de otros partícipes –*extraneus*– en el delito, distintos del obligado tributario o del autor de la infracción penal, como «premio» por su colaboración activa en la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado tributario o de otros responsables del delito.

5. En cuanto a la prescripción se refiere, esta comienza cuando el delito se consuma y, en consecuencia, el cómputo del plazo no puede iniciarse antes de que el delito se haya perfeccionado por la producción del resultado típico. El momento consumativo de este delito queda retrasado hasta que precluya para el defraudador la posi-

bilidad de regularizar. Debe destacarse que, en los casos de tributos exigidos mediante autoliquidación, se debe considerar la fecha de presentación y, en caso de omisión, la de expiración del plazo voluntario de presentación de declaraciones. En cambio, en los casos de tributos periódicos, el tipo solo debe estimarse realizado cuando haya expirado el plazo para la declaración correspondiente al último período impositivo, es decir, cuando ya ha concluido el ejercicio anual.

Los efectos de la regularización resultarán así mismo aplicables *«cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa»*.

6. El hecho de que existan plazos de prescripción diferentes, uno para la determinación de la deuda tributaria y otro para la persecución de un delito contra la Hacienda Pública, ha sido plenamente admitido por nuestra jurisprudencia sobre la base de las diferentes potestades desplegadas, la diferente gravedad, y la mayor ofensa infringida al ordenamiento jurídico.

En cuanto a la interrupción de la prescripción, resulta esencial el acto judicial de dirección del procedimiento. Y se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa, o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito. En consecuencia, admitida judicialmente la querrela, e incoada una causa penal contra el querrellado por su participación en los hechos que se le imputan en la misma, la prescripción queda interrumpida y no se requiere un auto adicional de imputación formal.

7. Admitida la posibilidad de regularizar el quinto año –antes de los cinco años de prescripción penal–, una vez han transcurrido cuatro años desde la infracción tributaria cometida, esto es, una vez prescrita la infracción administrativa –pero no penal– desde el momento de la presentación de la declaración complementaria, impide que el contribuyente, al ingresar la deuda tributaria transcurridos cuatro años, consiga además de la exoneración de la responsabilidad penal, el derecho a la devolución de dichos ingresos indebidos, pues la deuda tributaria ya habría prescrito tras el cumplimiento del plazo de cuatro años.

Ciertamente, la regularización tributaria durante el «quinto año» permite al contribuyente eludir el tipo del delito fiscal, que en otro caso se aplicaría. Sin embargo, dicha regularización se torna inexigible desde la óptica tributaria, toda vez que ha transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años.

# Evolución de los delitos contra la Hacienda Pública a través de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

FRANCISCO JOSÉ RODRÍGUEZ ALMIRÓN

Doctor en Derecho  
Profesor Sustituto Interino de la Universidad de Granada

## RESUMEN

*Este trabajo analiza la evolución que ha sufrido el delito contra la Hacienda Pública, y como en la actualidad siguen existiendo determinadas cuestiones jurídicamente controvertidas y que son objeto de pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios. Se analizan la divergencia en la concepción del bien jurídico protegido, aspectos prácticos en relación con la determinación de la deuda, la liquidación, o la controversia existente en torno a la consumación. También se analizan las modificaciones posteriores de las normas de complemento y su relación con la retroactividad de la norma.*

Palabras clave: *Delito tributario, regularización, delito fiscal*

## ABSTRACT

*This paper analyzes the evolution of the crime against public finances, and how, today, there are still certain legally controversial issues that are subject to contradictory jurisprudential pronouncements. The divergence in the conception of the protected legal good, practical aspects in relation to the determination of the debt, the liquidation, the modulation regarding the penalty of fine imposed on the legal person, or the controversy surrounding the consummation are analyzed. The subsequent modifications of the complement norms and their relationship with the retroactivity of the norm are also analyzed.*

Keywords: *Tax crime, regularization.*

SUMARIO: 1. Consideraciones previas.–2. Bien jurídico protegido.–3. La acción típica.–4. El sujeto activo.–5. El sujeto pasivo.–6. La determinación de cuantía de la cuota tributaria.–7. Tipo subjetivo.–8. La consumación.–9. La regularización tributaria.–10. Bibliografía.

## 1. CONSIDERACIONES PREVIAS

La Constitución Española recoge en el artículo 31, dentro de los derechos y deberes de los ciudadanos, la obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con la capacidad económica del sujeto, mediante un sistema tributario justo, e inspirado en los principios de igualdad y progresividad. También la LGT, cuando define los tributos en el artículo 2, nos indica que los ingresos públicos tienen como fin primordial obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos. La jurisprudencia ha configurado los delitos contra la Hacienda pública como delitos de infracción de deber, concretamente del deber de contribuir a los gastos públicos mediante el pago de impuestos (1). Este deber, al que se refiere el tipo penal cuando describe la conducta defraudatoria, nos remite a la normativa tributaria que regula el impuesto, y obliga al contribuyente a poner en conocimiento de la Administración la existencia del hecho imponible sin que medie falsedad o información incompleta. Se trata de una exigencia de lealtad de cara a la tributación de los hechos imposables.

Son dos los mecanismos sancionadores que se establecen por parte del legislador para evitar que se incumpla ese deber de contribuir a los gastos públicos. El primero, viene establecido en la legislación tributaria y el segundo en el Código Penal. Ambos sistemas, tributario y penal, conviven, y son independientes. Como sostiene Choclán Montalvo (2), no se aprecian diferencias cualitativas entre la infracción penal y la tributaria, por lo que en la determinación del límite mínimo para que la conducta sea punible el intérprete de la norma penal ha de tener en cuenta los criterios del legislador tributario utilizados para fundamentar el injusto administrativo. En mi opinión, la diferencia entre la sanción penal y la administrativa va a venir fundamentada principalmente por dos elementos, por un lado, la existencia de una condición objetiva de

---

(1) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 499/2016 de 9 junio.

(2) CHOCLÁN MONTALVO (2016: 31).

punibilidad, que consistirá en superar la cuantía mínima exigible de 120.000 euros –necesaria para considerarlo delito tributario– y que la conducta consista en defraudar, lo que implica un ánimo de ocultación de la realidad del hecho imponible por parte del sujeto. Ese ánimo defraudatorio lo podemos encontrar –o no–, en los ilícitos administrativos, pero forzosamente habrá de darse en el tipo penal.

La STC 120/2005 (3), en un caso en el que se discutía si existía simulación o fraude de ley, se pronunciaba sobre si la falta de configuración legal del fraude de ley tributaria como ilícito administrativo-tributario impedía su consideración como ilícito penal, señalando como la atipicidad administrativa no suponía obligatoriamente la atipicidad penal, aunque sí podía considerarse un factor indicativo ya que, de no ser así, se consideraría un hecho excepcional dentro de esa relación de progresión cuantitativa entre la infracción tributaria y el delito fiscal.

En el caso de los delitos contra la Hacienda pública nos encontramos ante una norma penal en blanco (4) que exige de una relación jurídica tributaria entre el sujeto pasivo (Hacienda pública) y el obligado tributario (5). Así, el TS en la sentencia núm. 209/2019 (6), en un supuesto donde la sociedad promotora no había presentado las autoliquidaciones trimestrales del IVA, ni la declaración resumen anual correspondientes a los ejercicios 2009 y 2010, superando la cuantía establecida en el tipo penal, recoge como requisito del tipo penal –aunque no esté expresamente señalado–, la existencia de una relación jurídica tributaria entre el impositor del tributo y el obligado tributario establecida en una norma tributaria.

En la legislación española la potestad (originaria) para establecer tributos corresponde exclusivamente al Estado mediante ley, no obstante, las Comunidades Autónomas y las entidades locales pueden establecer y exigir tributos, de acuerdo con lo establecido en la Constitución y la ley. También, cuando una ley así lo determine, otras entidades de derecho público pueden exigir tributos. En cualquier caso, como señala la jurisprudencia (7), al ser una norma penal en blanco que nos remite a la normativa tributaria, hemos de tener en cuenta

---

(3) Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 120/2005 de 10 mayo.

(4) Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 57/2010 de 4 octubre.

(5) Con las salvedades que veremos a continuación para el caso de la modalidad de obtención indebida de devoluciones tributarias.

(6) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 209/2019 de 22 abril.

(7) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 499/2016 de 9 junio.

tanto la normativa general como las normas especiales que regulan cada impuesto. Normas penales que pueden ser completadas con normas también de carácter reglamentario (8).

Puede ocurrir que con posterioridad a la comisión del ilícito penal se modifique la ley penal, o la ley tributaria, de forma que de aplicarse la nueva legislación no se hubiese apreciado delito. En este caso, hemos de diferenciar varias situaciones: La ley penal no favorable no puede tener carácter retroactivo, pues es una exigencia que nace de la propia Constitución, que recoge en el artículo 25 como no se puede condenar a nadie por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito. También es una garantía recogida en el artículo 9.3 de la Constitución al establecer la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Además, el artículo 2 del CP establece que «No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración».

En el caso de las modificaciones de la ley penal favorables al reo estaremos a lo dispuesto en el artículo 2.2 del CP. El Tribunal Supremo (9) en el acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala, de 25 de octubre de 2005 acordó aplicar el principio de retroactividad de la ley penal más favorable en relación con la elevación de la cuantía defraudada (10).

Sí plantea más dudas el supuesto en el que con posterioridad a la comisión del delito lo que se modifica es la ley de complemento, –en este caso la norma tributaria– o bien, dicha ley se declara inconstitucional. En el primero de los supuestos, nos encontraríamos que la conducta sigue siendo punible si no obedece a un cambio valorativo en la conducta. En la sentencia del TS núm. 539/2003 se alegaba por la defensa que no se había aplicado el principio de retroactividad de la ley penal más favorable ya que a partir de 1992 no estaban sometidas al IRPF las plusvalías generadas por ventas de acciones. El TS llega a la conclusión de que las modificaciones normativas de los presupuestos de las obligaciones tributarias no suponen un cambio en la valora-

---

(8) Tribunal Constitucional (Pleno) Sentencia núm. 34/2005 de 17 febrero.: «(...) conforme a doctrina reiterada de este Tribunal, la reserva de Ley que opera en materia penal no impide la existencia de posibles «Leyes penales en blanco», esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta jurídico-penal no se encuentre exhaustivamente prevista en ellas y que remiten para su integración a otras normas distintas, que pueden tener incluso carácter reglamentario (por todas, STC 24/2004, de 24 de febrero, F. 3)».

(9) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Acuerdo de 25 octubre 2005.

(10) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 202/2007 de 20 marzo.



ción de los deberes que se establecieron en un determinado momento y respecto de unas determinadas circunstancias. La razón, que la ley tributaria está inspirada en principios de política económica que tienen en cuenta las circunstancias económicas por las que atraviesa la sociedad en un determinado momento.

Para el supuesto de que la ley de complemento fuese anulada o sea declarada inconstitucional, el artículo 40 de la LOTC (11) frente a la regla general que imposibilita la revisión de los procedimientos donde haya recaído sentencia firme, exceptúa –entre otros– el procedimiento penal. Más sencillo resulta el supuesto en el que aún no exista sentencia firme. En tal caso, la norma declarada inconstitucional no debe de ser aplicada (12).

## 2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

No es pacífica la determinación del bien jurídico protegido en estos delitos, y ni doctrina ni jurisprudencia se acaban de poner de acuerdo en cuál es el interés tutelado por la norma. Así, se ha señalado que el bien jurídico protegido es el patrimonio de la Hacienda Pública en su manifestación relativa a la recaudación tributaria; la solidaridad tributaria; el deber de contribuir o incluso el deber de lealtad al Estado. Son muchas las opiniones existentes al respecto, unas ponen más énfasis en el patrimonio de la Hacienda Pública, y otras en la función del tributo.

En el fundamento jurídico de la sentencia núm. 374/2017 del TS (13), frente al argumento esgrimido por la defensa de que se había utilizado al acusado para enviar un mensaje a la ciudadanía sobre el cumplimiento del derecho en materia fiscal, afectando a su dignidad como ser humano, el TS fundamenta cómo es la defraudación, la que afecta a la capacidad del Estado para poder luchar contra esas situaciones que perturban la dignidad del ser humano ya que debilitan su

---

(11) Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

(12) Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) Sentencia de 1 julio 1997.: «(...) por exigencias del principio de seguridad jurídica se tutelan, manteniéndolas, las situaciones definitivamente declaradas, pero no las pendientes de decisión, a las cuales, por mor ahora del efecto derivado de la declaración de inconstitucionalidad, cual es la nulidad de pleno derecho de la Ley afectada por tan grave vicio, no les será de aplicación la norma así expulsada del ordenamiento jurídico».

(13) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 374/2017 de 24 mayo.

capacidad de actuación por los importantes efectos económicos que conllevan.

Para Echavarría Ramírez (14) el bien jurídico estaría conformado dentro de la relación jurídico-tributaria y con fundamento en el art. 31 C, por las funciones del tributo concretadas en el cumplimiento de los deberes que se establece para cada tributo de forma singular. Ferré Olivé (15) señala la existencia de un bien jurídico mediato, de naturaleza supraindividual, integrado por el orden público económico y la Hacienda Pública, como sistema de recaudación de ingresos y realización del gasto público. Junto a éste existiría un bien jurídico inmediato, la determinación tributaria del *quantum debeatur*. Para García Díez (16) el bien jurídico protegido es el concepto constitucional de tributo «*cifrado en sus notas materiales, (...), en la protección del binomio deber de contribuir-capacidad económica (...)*». En mi opinión, estamos ante un bien jurídico que trasciende al mero patrimonio de la Hacienda Pública. No se protegería la solidaridad tributaria en su sentido genérico, pues el concepto de solidaridad conlleva un elemento de voluntariedad o adhesión. Lo que se protegería es la solidaridad como obligación *in solidum*. En última instancia, lo que el legislador intenta salvaguardar es lo que comúnmente denominamos sociedad del bienestar, que solo se puede mantener mediante el cumplimiento de las obligaciones tributarias, y donde un incumplimiento generalizado provocaría su caída. Por tanto, si alguien incumple sus obligaciones tributarias obliga a que esos gastos necesarios para el correcto funcionamiento del sistema sean repercutidos al resto de ciudadanos o bien se recorten determinadas prestaciones, con lo que se afecta a dicho modelo económico.

En cuanto a la concepción jurisprudencial del bien jurídico, nos encontramos ante una cuestión sujeta a controversia, sirva de ejemplo la sentencia núm. 209/2019 (17) que optaba por señalar el patrimonio de la Hacienda Pública en su manifestación relativa a la recaudación tributaria como el bien jurídico protegido.

En cambio, en la sentencia núm. 89/2019 (18) donde se condenaba al autor responsable de cinco delitos contra la Hacienda Pública

---

(14) ECHAVARRÍA RAMÍREZ (2014: 37)

(15) FERRÉ OLIVÉ (2018: 126 y ss.)

(16) GARCÍA DIEZ (2018: 252 y ss.)

(17) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 209/2019 de 22 abril.

(18) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 89/2019 de 19 febrero.

en grado de tentativa en su modalidad de devolución, señalaba como bien jurídico protegido el interés económico de la Hacienda Pública o los principios de solidaridad tributaria. En esta línea se alinean sentencias como la 643/2005 del TS (19) que apreciaron también como eran los principios de solidaridad tributaria inexcusables en una sociedad democrática los que resultaban lesionados en estos delitos y los que justificaban la aplicación de una pena.

Tampoco han faltado sentencias (20) que han interpretado el bien jurídico en consonancia con la función que tienen los tributos dentro de nuestro ordenamiento jurídico, pues sólo contribuyendo a las cargas públicas el Estado puede acometer aquellos proyectos que benefician a la colectividad. Tendría aquí por tanto un contenido socioeconómico y no meramente patrimonial.

Para Ferré Olivé (21), el delito de defraudación tributaria es un delito de lesión. Para otros autores nos encontramos ante delitos de peligro contra el patrimonio público. Para Choclán Montalvo (22) nos encontramos ante un delito donde el verdadero riesgo de lesión está en el elemento acumulativo, es decir, en que el resto de los ciudadanos realicen la misma acción y se globalicen esos daños individuales. Esa acumulación de fraudes masivos –a juicio del autor – comportaría una puesta en peligro en abstracto del mismo sistema. En algunas sentencias, como la núm. 89/2019 (23) del TS, que analizaba una devolución indebida detectada por la Administración, se habla de puesta en peligro del bien jurídico. En este supuesto el acusado fue condenado por tentativa.

### 3. LA ACCIÓN TÍPICA

El tipo penal castiga al que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfru-

---

(19) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 643/2005 de 19 mayo.

(20) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia de 27 diciembre 1990.

(21) FERRÉ OLIVÉ (2018: 143 y ss.) sostiene el autor «como la conducta del sujeto que incumple sus deberes tributarios (...) deriva en una total o parcial indeterminación de la deuda tributaria».

(22) CHOCLÁN MONTALVO (2016: 67)

(23) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 89/2019 de 19 febrero.

tando beneficios fiscales, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros.

La primera modalidad consiste en defraudar eludiendo el pago de tributos, y supone el incumplimiento de una obligación tributaria. Esta obligación ha de estar señalada en la Ley, por lo que habrá de determinarse de forma concreta el precepto infringido del que nace esa obligación que se ha incumplido (24). Esta exigencia se traduce en la necesidad de reflejar la norma infringida en el hecho probado, como han recogido varias sentencias a fin de evitar un posible quebrantamiento de forma.

Como acertadamente pone de manifiesto Ferré Olivé (25) los términos utilizados por el legislador gozan de una falta de coordinación con el Derecho Tributario. Eludir viene a significar rodear y esto está conectado más con la idea de fraude de ley, mientras que otros términos como evadir (disimular) estarían más conectado con la idea de defraudar. En este tipo penal, el elemento relevante supone que el sujeto realiza una «ocultación» del hecho imponible con el fin de no cumplir sus obligaciones tributarias. En la jurisdicción contenciosa el TS (26) en un supuesto referido al cobro del ICIO entendió que no existía ocultación cuando la Administración Tributaria conocía perfectamente la realización del hecho imponible. En este sentido, hemos de recordar la relación entre el ilícito administrativo y el penal, y la relación cuantitativa a la que hacíamos referencia anteriormente.

Esa ocultación –eludir el pago– ha de recaer sobre tributos, retenciones o ingresos a cuenta. Los tributos, se nos definen en el artículo 2 de la LGT como «ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos». Estos se clasifican a su vez en tasas, contribuciones especiales e impuestos. El incumplimiento de la obligación tributaria puede producirse bien porque el sujeto omite el hecho imponible o bien porque presenta de

---

(24) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 209/2019 de 22 abril.

(25) FERRÉ OLIVÉ (2018: 418).

(26) Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) Sentencia de 29 abril 2004. «(...) siempre que la Administración Tributaria practique o deba practicar una liquidación provisional de oficio de las denominadas comprobaciones abreviada (art. 121 de la misma Ley General Tributaria), no habrá, por supuesto, infracción tributaria grave, en la medida en que no hay ocultación».

forma incompleta o inexacta la declaración con el fin de defraudar a la Hacienda pública. Ahora bien, ¿cómo ha de interpretarse el concepto defraudar? ¿defrauda quien simplemente deja de presentar la declaración o requiere de un engaño? ¿equivale no pagar a defraudar?

La jurisprudencia ha sido algo contradictoria. En la sentencia núm. 209/2019 de 22 abril del Tribunal Supremo (27) se exige algo

---

(27) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 209/2019 de 22 abril. «Aunque del tenor literal de algún pronunciamiento del Tribunal Supremo pudiera parecer desprenderse que lo único exigible para poder considerar perpetrado el delito fiscal sería la no presentación en plazo de la declaración con la correspondiente liquidación –cuando debió hacerse–, superando las cuantías fijadas por la ley, por el simple hecho de constituir tal conducta un supuesto de impago del impuesto debido, lo cierto es que el criterio mantenido por este Tribunal se orienta hacia la exigencia añadida de un componente defraudatorio en la conducta del sujeto activo, que se traduzca en la ocultación del hecho imponible o de sus características (tipo objetivo) con el ánimo de eludir el pago del impuesto (tipo subjetivo) (STS 28/11/2003). Un «elemento de mendacidad» que eleva el impago a la categoría de delito, y no de simple infracción tributaria (STS 20/06/2006). Pues lo realmente importante no es el impago, sino la ocultación del deber de pagar, y la ausencia de declaración oculta precisamente ese dato (STS 25/11/2005). Razona la STS 25/11/2005: «Este entendimiento del tipo objetivo encaja mejor con el texto del artículo 305 actual, en el que se sanciona al que por acción u omisión «defraude» a la Hacienda Pública eludiendo el pago de tributos, de donde no basta simplemente con omitir el pago debido, sino que es preciso defraudar, lo cual implica una infracción del deber mediante una conducta de ocultación de la realidad en la que aquél se basa o se origina. También se ajusta mejor a la finalidad del tipo delictivo, orientado a sancionar a quien no contribuya a los gastos públicos mediante la elusión del pago de los impuestos que le corresponden, y no a quien solamente omita el cumplimiento de obligaciones formales, como la consistente en presentar una declaración identificando el hecho imponible o en practicar la liquidación con el correspondiente ingreso. En los tributos que se gestionan en régimen de autoliquidación, la regulación tributaria establece un plazo para efectuar la autoliquidación y para hacer efectivo el pago. El deber impuesto, deber de contribuir, se cumple, pues, atendiendo a dos aspectos: declarar y pagar. La infracción de cualquiera de ellos podría tener consecuencias de naturaleza tributaria. Sin embargo, lo que penalmente se sanciona no es la omisión de la declaración por sí misma, formalmente considerada, aislada de cualquier valoración. Ni tampoco el impago, entendido como omisión del ingreso material del dinero, si ha mediado una declaración veraz. Pues el tipo exige una conducta defraudatoria y no el mero incumplimiento de deberes tributarios. De esta forma, la omisión de la declaración solo será típica si supone una ocultación de la realidad tributariamente relevante. Es cierto que normalmente la omisión de la declaración supone la ocultación dolosa del hecho imponible, y la declaración presentada falseando los datos implica una ocultación de las características de aquél que dan lugar a la deuda, tratándose de conductas equiparables. Es por eso que, en principio, una vez finalizado el plazo para la declaración voluntaria en los tributos periódicos con autoliquidación, sin que se haya presentado ésta, el delito se considera consumado, bastando en esos casos con la mera omisión, puesto que es interpretada y valorada razonablemente como una conducta suficientemente idónea para la elusión del pago del impuesto en cuanto supone la ocultación de la misma existencia del hecho imponible o de sus caracterís-

más que no pagar, un componente de mendacidad o engaño, que se traduciría en un doble elemento, por un lado, una voluntad defraudatoria del sujeto (elemento subjetivo) y por otro, una ocultación del hecho imponible (elemento objetivo). Para el tribunal la omisión de la declaración solo será típica si supone una ocultación de la realidad tributariamente relevante. No se castigaría la falta de presentación o el impago sin ninguna otra valoración, –puede ser que no se pague, pero se haya realizado una declaración veraz– así, la sentencia recoge como el tipo exige una conducta defraudatoria y no el mero incumplimiento de deberes tributarios.

En esta línea, el TS en la sentencia núm. 717/2016 (28) estimaba en un supuesto donde no se había presentado la declaración del IVA de los ejercicios 2009 y 2010, como la falta de presentación de la declaración equivalía a un engaño, pues desde el momento en que no se presentaba se estaba haciendo pasar por inexistente un determinado hecho imponible (29).

En la Sentencia 374/2017 (30) se resolvía un recurso presentado contra la sentencia que condenaba a un futbolista que había omitido la declaración sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) de los ejercicios 2007, 2008 y 2009, por los ingresos obtenidos por la explotación de sus derechos de imagen. El Tribunal enumera los requisitos que exige el tipo penal, señalando como la infracción del deber de contribuir no ese limita a ser una conducta meramente pasiva, sino que exige, desde el punto de vista del desvalor de la acción una conducta encaminada a engañar a la Agencia Tributaria, supuesto que no se da cuando el sujeto no impide u obstaculiza de manera relevante la actuación de comprobación, lo que la diferencia de la infracción administrativa.

Para Choclán Montalvo (31) no puede existir delito fiscal cuando la Administración tiene (o pudo tener mediante un mínimo procedimiento de comprobación) conocimiento del hecho imponible, y no se han utilizado por el sujeto medios engañosos para poner trabas o difi-

---

ticas. Esta consideración no debe ser modificada en los casos en los que la Administración inicia sus actuaciones de comprobación o investigación una vez que ha transcurrido el plazo voluntario, pues en esos casos el delito, de existir, ya estaría consumado».

(28) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 717/2016 de 27 septiembre.

(29) Vid. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 499/2016 de 9 junio.

(30) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 374/2017 de 24 mayo.

(31) CHOCLÁN MONTALVO (2016: 96).

cultar la labor inspectora de la Administración tributaria. Para Ferré Olivé (32) el Derecho Penal no puede intervenir cuando la Administración conoce una deuda que no ha sido ocultada por el contribuyente, pues el tributo en este caso no está indeterminado. En cambio, señala que sí existirá delito cuando se oculta el hecho imponible, aunque la Administración tributaria estuviera en condiciones de averiguarlo, ya que de lo contrario con los medios actuales el tipo penal quedaría reducido a lo meramente anecdótico. Para García Díez (33) no existirá delito cuando la Administración dispone de la información, bien porque las haya aportado el propio contribuyente, consten el procedimiento tributario (libros de contabilidad, facturas...) o porque de oficio a través de las distintas vías de información dispongan de esa información necesaria.

También el TC se refirió a estos supuestos (34), donde el sujeto reconoce la deuda, hace una declaración veraz pero no paga. Así, la STC (35) núm. 57/2010 se ha referido a ese componente de ardid o engaño que debe reunir la conducta defraudatoria, sin que el mero impago pueda caer dentro de este concepto pues estaríamos ante una analógica *in malam partem*.

Esta doctrina, coincide con la establecida para el delito contra la seguridad social, de estructura similar (36). Así, la AP de Álava (37)

---

(32) FERRÉ OLIVÉ (2018: 406 y ss.).

(33) GARCÍA DIEZ (2018: 304).

(34) Con posterioridad la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre introdujo la modificación en el sentido de que la mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones no excluía la defraudación, cuando ésta se podía acreditar por otros hechos.

(35) Tribunal Constitucional Sentencia núm. 57/2010 de 4 octubre.

(36) Ver Cámara Arroyo (2019:2 y ss.).

(37) Audiencia Provincial de Álava (Sección 2.ª) Sentencia núm. 69/2017 de 24 febrero. citando a la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 4.ª) Sentencia núm. 83/2014 de 3 febrero. y Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1333/2004 de 19 noviembre.

« (...) y si bien es cierto que la mera omisión de la declaración o una declaración incompleta pueden suponer una defraudación, también lo es que la falta de pago de la cantidad debida por el obligado por imposibilidad económica constatada, sin ningún artificio o maniobra de ocultación, excede el ámbito de la responsabilidad penal e incide en una infracción administrativa, en cuyos términos se pronuncia la Juzgadora de Instancia» y « (...) La acepción «defraudar» significa engaño, pero la significación actual no hace referencia expresa al engaño, sino que comprende tanto «el privar a uno con abuso de confianza, con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca en derecho, como «eludir o burlar el pago de los impuestos», ambas acepciones llevan a estimar que se requiere algo más que el hecho de no pagar, para que este delito se cometa, por acción u omisión, al menos alguna maniobra de ocultación que pudiera perjudicar la labor de Inspección de los Servicios de la Seguridad Social».

recoge en sus fundamentos como defraudar y eludir, es algo más que no pagar exigiendo alguna maniobra de ocultación que pudiera perjudicar la labor de inspección por lo que el simple impago (involuntario) sin que concurra esa mendacidad solo constituiría una infracción tributaria.

En mi opinión, la omisión involuntaria del pago cuando media una declaración veraz no integraría el concepto de defraudación, pero sí la integrará aquellos supuestos en los que el sujeto lo que hace es utilizar la declaración como instrumento para intentar burlar el tipo penal. Es cierto que no existiría ocultación, pero el propio tipo penal recoge como la mera presentación de declaraciones o autoliquidaciones no excluye la defraudación cuando ésta pueda acreditarse por otros hechos. Imaginemos un sujeto que se dedica a defraudar a la Hacienda Pública a través del IVA y que realiza la declaración tributaria con el único fin de evitar que se considere que está defraudando, sabiendo que no tiene intención de pagar. En estos casos entiendo estaríamos ante una verdadera defraudación donde la declaración se torna instrumental.

De igual forma, se estaría defraudando cuando el sujeto inventa gastos o beneficios que en la realidad no existen, pues indican ese ánimo defraudatorio o de ocultación. Cuestión distinta es que los gastos existan, pero puedan ser improcedentes y no ajustados a la legislación tributaria. Así, incorporar gastos reales como deducibles que luego no lo son no implica necesariamente engaño ni una conducta defraudatoria (38).

Interesante es la sentencia del TS que, frente a lo defendido por la AP, resolvía un caso donde la simulación realizada se había hecho de una manera «burda». El TS (39) consideró que el no encontrarse ante una defraudación sofisticada no eliminaba el fraude, ya que sería estimar una excusa absolutoria o exención de responsabilidad penal en aquellos supuestos de falta de pericia del defraudador.

Otras de las cuestiones que adquieren relevancia es la diferenciación entre el fraude de ley y la simulación. A grandes rasgos la simulación supone que el sujeto inventa la existencia de un hecho imponible que no existe, mientras que el fraude de ley lo que hace es aplicar una norma que le es más beneficiosa aprovechando la propia ley y actuando contra el espíritu de esta, por lo que algunas sentencias estiman como esta última no entraría dentro del concepto de defraudar,

---

(38) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 737/2006 de 20 junio.

(39) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 523/2015 de 5 octubre.



pues supondría aplicar al acusado una analogía *in malam partem*, conclusión a la que llega la sentencia núm. 209/2019, al analizar la diferencia entre simulación y fraude de ley (40).

También el TC (41) en la sentencia núm. 120/2005 interpretó que el concepto de fraude de ley tributaria era distinto al concepto de defraudación que se utiliza en Derecho Penal y como en el supuesto analizado no existía simulación o falseamiento, sino una estratagema fiscal donde se había utilizado una norma contra el espíritu de esta, pero existiendo transparencia en el hecho imponible. En la sentencia del TC núm. 129/2008 (42), en un supuesto donde se analizaba si podía integrarse este concepto una operación de compraventa donde el artificio consistía en la utilización de un negocio jurídico sin una causa propia que no fuese la elusión de impuestos, interpretó como utilizar determinadas figuras jurídicas con un fin ajeno al que le es propio con el fin de eludir el pago de impuestos entraba dentro del significado del verbo defraudar (43), y confirmó la sentencia del TS, que apreció, en la compraventa de acciones, simulación y no fraude de ley, y por tanto, la existencia de un delito de defraudación tributaria

Respecto a eludir el pago de cantidades retenidas o que se hubieran debido retener, en determinados supuestos la ley impone la obligación a determinadas personas de realizar determinadas obligaciones tributarias. El artículo 23 de la LGT nos señala como realizar pagos a cuenta es una obligación tributaria que tiene el retenedor, o los obligados a realizar ingresos a cuenta o pagos fraccionados. Algunas leyes específicas de cada impuesto recogen esta obligación. Así, por ejemplo, el IRPF, en el artículo 99 señala la obligación de determinadas

---

(40) Señala la sentencia como «el Tribunal Constitucional es mucho más preciso a la hora de distinguir entre la «simulación negocial», a la que dice es inherente un engaño u ocultación maliciosa de datos fiscalmente relevantes que encaja con el elemento subjetivo del delito fiscal, y el «fraude de ley tributaria», en el que no existe tal ocultamiento; no pudiendo aplicarse esta última figura al ámbito penal por constituir un supuesto de analogía *in malam partem* prohibida por el art. 25.1 «

(41) Tribunal Constitucional Sentencia núm. 120/2005 de 10 mayo.

(42) Tribunal Constitucional (Sala Primera) Sentencia núm. 129/2008 de 27 octubre.

(43) Para ALAMÁN (2016: 2-3) como la utilización de «Una compleja y artificiosa operativa de fraude de ley, con utilización abusiva de diferentes instrumentos jurídicos, puede conllevar una ocultación, quizás incluso mayor, que la propia de la simulación. Se oculta la causa, el destino buscado, la verdadera operativa; aparte de ello, la única diferencia con la simulación puede ser la consumación del negocio jurídico, pero éste, en ambos casos, es un mero instrumento. En la simulación el negocio real es otro, en el fraude es el reflejado, pero parcialmente, dice sólo parcialmente lo que hace, pero no muestra en unidad de sentido lo que quiere hacer; la voluntad final es otra, viene despistada por las operaciones. La simulación es más burda, el fraude más técnico»

entidades y personas jurídicas que satisfagan o abonen rentas sujetas a IRPF de practicar retención e ingreso a cuenta, y a ingresar su importe en el Tesoro conforme establezca la normativa, sin que el incumplimiento de esa obligación pueda excusarle. Señala Ferré Olivé (44) como en el campo tributario el TS ha venido entendiendo que si el obligado tributario salda su deuda con la Administración tributaria en tiempo y forma no existe responsabilidad para el retenedor, lo que puede tener sus consecuencias en vía penal.

Señala Choclán Montalvo (45) que ha de tratarse de retenciones que se hayan practicado o se hubiesen tenido que practicar, lo que supone que se haya producido un pago efectivo. Si, por ejemplo, no se paga al proveedor, por mucho que la cantidad sea debida, al no haberse pagado no se ha practicado retención.

Cuestión más polémica ha resultado la modalidad de obtención indebida de devoluciones. La jurisprudencia ha entendido que la sola petición de devolución apoyada en facturas falsas integra el iter delictivo cuyo fin es producir el error en quien recibe la solicitud a través de esa documentación falsa. En esta modalidad el sujeto se integra, al presentar la solicitud defraudatoria, dentro de la relación jurídica tributaria. En la sentencia núm. 89/2019 (46) se planteaba, –en un supuesto de una devolución indebida detectada por la Administración–, si nos encontrábamos ante una estafa o un delito tributario, llegando a la conclusión el TS como nos encontramos ante un concurso de normas a resolver conforme a lo dispuesto en el artículo 8.1 del Código Penal a favor del delito contra la Hacienda Pública. La sentencia resuelve, además, una cuestión controvertida, la del sujeto que actúa en la modalidad comisiva solicitando fraudulentamente una devolución, ya que no es en puridad un obligado tributario. En este caso, la jurisprudencia interpreta que no se trata del obligado tributario sino de una persona que realiza la conducta y a consecuencia de ello queda integrado en esa relación jurídica tributaria. También la sentencia núm. 751/2017 (47) planteaba como el sujeto activo debía ser un sujeto cualificado por su condición de obligado tributario, pero también podía serlo el sujeto que actuaba aparentando que era titular de un derecho de reclamación de una devolución indebida.

---

(44) FERRÉ OLIVÉ (2018: 422).

(45) CHOCLÁN MONTALVO (2016: 93).

(46) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 89/2019 de 19 febrero.

(47) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 751/2017 de 23 noviembre.

Para la doctrina mayoritaria nos encontramos ante un delito de resultado. La sentencia 209/2019 (48) analizaba los presupuestos necesarios para que concurra un delito contra la Hacienda pública, señalando la necesidad de que exista un resultado lesivo que supere el mínimo establecido como condición objetiva de punibilidad.

«Son tres los presupuestos que han de concurrir para la estimación del delito fiscal. En primer término, un comportamiento típico encaminado a uno de estos tres fines: a la elusión del pago de un tributo, de cantidades retenidas o que se hubiesen debido retener o de ingresos a cuenta de retribuciones en especie; a la obtención indebida de devoluciones; o al disfrute indebido de beneficios fiscales. En segundo lugar, un ánimo de defraudar a la Hacienda Pública. Y, finalmente, un resultado lesivo para la misma por un importe superior a 120.000 euros, por debajo del cual las infracciones serán objeto de expediente sancionador en vía administrativa».

La Sentencia núm. 751/2017 (49) se refería a esa cantidad límite de 120.000 euros no como el resultado causal de la defraudación, sino como una condición objetiva de punibilidad que hace que, aunque el sujeto actúe con intención defraudatoria y de causar un perjuicio a la Hacienda Pública, su comportamiento no sea punible como delito fiscal si la suma defraudada no alcanza la cantidad establecida en el tipo

#### 4. EL SUJETO ACTIVO

El tipo penal castiga al que por acción u omisión defraude a la Hacienda Pública. Esa redacción ha provocado que un sector doctrinal minoritario sostenga que nos encontramos ante un delito común. Además, la reforma de 7/2012 ha contribuido a ello al diferenciar en el artículo 305.6 CP entre autor y obligado tributario. No obstante, la doctrina mayoritaria sostiene que nos encontramos ante un delito especial propio, pudiendo ser cometido el delito solo por aquellas personas que son obligados tributarios (50).

---

(48) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 209/2019 de 22 abril. Ver también Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1505/2005 de 25 noviembre.

(49) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 751/2017 de 23 noviembre.

(50) Con las salvedades que veremos a continuación respecto de determinadas figuras como el sustituto.

También la jurisprudencia ha entendido que estamos ante un delito especial propio (51). La sentencia 374/2017 (52) del TS recoge cómo el tipo penal se constituye objetivamente por un autor caracterizado por ser deudor tributario. Sostiene la sentencia que, si bien se trata de un delito especial que solamente puede cometer quien tiene esa condición, no exige el tipo penal que el autor lleve a cabo el comportamiento típico por su propia mano. Con esto rompe la línea señalada en algunas sentencias anteriores (53), donde se señalaba que nos encontrábamos ante un delito de propia mano. Como señala Choclán Montalvo (54) el delito fiscal no requiere de ninguna intervención corporal ni tampoco de índole personal por parte del autor, pues puede actuar por medio de otros sujetos como son asesores fiscales...

En cualquier caso, si optamos por entender que el sujeto activo es el obligado tributario tendremos que acudir a la LGT, concretamente al artículo 35 para determinar que se entiende por obligado tributario. El obligado tributario es la persona que está obligada por las normas tributarias a cumplir las obligaciones que impone la normativa tributaria y puede ser tanto una persona física como una jurídica. Por otro lado, el artículo 36 LGT nos indica como el obligado tributario que, por ley, debe cumplir la obligación tributaria, ya sea como contribuyente o como sustituto se denomina sujeto pasivo. Como vemos la LGT diferencia entre el contribuyente, sujeto pasivo que realiza el hecho imponible y sustituto, que es el sujeto pasivo que, «por imposición de la ley y en lugar del contribuyente, está obligado a cumplir la obligación tributaria principal». Tendremos que acudir a la normativa concreta de cada tributo para determinar quién es el sujeto pasivo de la relación jurídico-tributaria.

Como adelantaba, el sujeto que reclama la devolución indebida no es un obligado tributario, sino una persona que se integra como sujeto de una relación jurídica tributaria. La sentencia núm. 751/2017 (55)

---

(51) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 717/2016 de 27 septiembre. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 499/2016 de 9 junio.

(52) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 374/2017 de 24 mayo.

(53) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 274/1998 de 25 febrero.

«En consecuencia, sujeto activo del delito sólo puede ser el contribuyente o su sustituto. De ahí que el delito fiscal sea considerado como delito especial o de propia mano».

(54) CHOCLÁN MONTALVO (2016:137)

(55) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 751/2017 de 23 noviembre. «(...) Es cierto que en nuestra jurisprudencia hemos afirmado la naturaleza especial del delito fiscal asentado en una triple situación. De una parte, una

recoge como en esta modalidad el autor no es obligado tributario sino quien aparenta, de forma fraudulenta ser titular de un derecho de reclamación de una devolución indebida.

La LGT (56) establece como en el caso de las personas que carezcan de capacidad de obrar serán sus representantes legales quienes actúen en su nombre, es la llamada representación legal. La propia LGT establece la posibilidad de actuar mediante representación voluntaria, y prevé en la propia LGT que se pueda realizar a través de un asesor fiscal. En la sentencia núm. 89/2019 (57) se enjuiciaba a un administrador, quien alegó que no era el obligado tributario puesto

---

la relación jurídica tributaria, pues el impago o lo indebidamente reclamado se integra en una relación jurídica de naturaleza tributaria; de otra, porque la tipicidad exige una cuantía a la que se concreta la relación tributaria, 120.000 euros; en tercer lugar, porque la Hacienda es uno de los sujetos de la relación.

Del primer elemento señalado, la relación jurídica tributaria, cuando esta se integra por la modalidad de impago, este sólo puede ser cometido por el obligado tributario que es quien infringe el deber, por lo tanto, es un sujeto con un elemento especial de autoría. Sin embargo, en la modalidad consistente en la obtención indebida de devoluciones realizadas por quien aparenta ser titular de un derecho de devolución no real, el autor no es obligado tributario porque no existe como tal, sino que su conducta es la de aparentar ser sujeto de la relación jurídica tributaria, en la que el defraudado sigue siendo Hacienda y la relación jurídica tributaria es aparente, en la medida en que se crea una apariencia de devolución que es indebida, porque se dice ha sido soportada y se tiene derecho a la devolución.

Por lo tanto, aunque de ordinario el sujeto infractor es el sujeto a quien compete el deber de pagar el impuesto, por lo tanto, un sujeto con un elemento especial de autoría, el defraudador fiscal, en la modalidad de cobro indebido de devoluciones, el sujeto activo no es obligado tributario sino quien aparenta ser titular del derecho a percibir una devolución de un IVA soportado.

Esos elementos, relación jurídica tributaria, sujeto pasivo y condición de punibilidad y de procedibilidad, es por lo que hemos declarado la exigencia de un elemento especial de autoría; destacando la necesidad del que el sujeto activo del delito sea, por lo tanto, un sujeto obligado por la relación tributaria, pues si la obligación incumplida es de naturaleza tributaria y el sujeto pasivo es la Hacienda, en sus distintas modalidades, es llano afirmar que el sujeto activo deba ser un sujeto cualificado por su condición de obligado tributario. Afirmación que resulta lógica por la naturaleza de la relación y del sujeto pasivo. Ahora bien, ello no quiere decir que sólo será sujeto activo el sujeto obligado al pago del impuesto por incumplimiento del deber: lo será en la modalidad de defraudación, pero también lo podrá ser la persona que artificioosamente se coloca en la posición aparente de sujeto tributario, cuando la modalidad comisiva se refiere al cobro indebido de devoluciones. Por lo tanto, cuando la conducta típica consiste en el impago de la obligación tributaria el sujeto del delito es el obligado al pago, pero en la modalidad de devolución indebida, como refiere el caso, el sujeto activo es quien aparenta, mediante defraudación, la titularidad de un derecho de reclamación de una devolución indebida».

(56) Arts. 45 y 46 LGT.

(57) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 89/2019 de 19 febrero.

que la devolución indebida del IVA la realizó para la sociedad. El tribunal señala que cuando la condición de obligado tributario recae en una persona jurídica resultará de aplicación la norma contenida en el artículo 31 del Código Penal, si bien, la persona jurídica también responderá penalmente (58). Lo dicho no implica que si se constata que en una persona jurídica se ha cometido un delito (59) el responsable automáticamente sea el administrador –en base al artículo 31 CP– sino lo que trata de evitar es lagunas de punibilidad (60).

La jurisprudencia es reacia a admitir la autoría mediata porque por la estructura del tipo penal supone la realización de una serie de cualidades en el sujeto como la de ser obligado tributario. Así, lo recoge la sentencia núm. 539/2003 (61) que no condenó por autoría mediata pero sí por inducción a un sujeto –los obligados tributarios actuaron sin dolo, y no fueron condenados–. Tampoco la ha admitido la Audiencia Provincial de Navarra en la sentencia núm. 219/2019 de 4 noviembre, al condenar al administrador de una sociedad mercantil por una defraudación con relación al impuesto del IVA al señalar que el delito fiscal, como delito especial propio solo puede ser cometido a título de autor por el obligado a las prestaciones tributarias sin que admita la autoría mediata ni la coautoría de quien no sea sujeto pasivo del tri-

---

(58) La responsabilidad penal de la persona jurídica está prevista en este tipo de delitos, al igual que ocurre con otras legislaciones europeas. Así, Belén Espejo pone de manifiesto (2018:404) las similitudes entre los sistemas de responsabilidad penal de la persona jurídica previstos en ambas legislaciones.

(59) Hoy en día es fundamental en estos delitos implantar medidas de cumplimiento normativo a fin de poder disminuir o evitar la comisión de delitos dentro de la persona jurídica. Importante, como señala CALVO VERGEZ (2019: 1) es la implantación de certificaciones como la UNE 19602 que podría constituir un elemento de prueba para demostrar, ya sea ante la AEAT o ante los tribunales, que en la persona jurídica ha existido una voluntad de cumplir con sus obligaciones tributarias. También es de esta opinión GARCÍA NOVOA (2019:20) para quien el compliance no solo será un instrumento fundamental en la prueba, sino que el compliance mejorará sustancialmente la seguridad jurídica respecto al cumplimiento de las obligaciones tributarias en la persona jurídica modificando el modelo de interacción con la Administración Tributaria.

(60) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 714/2014 de 12 noviembre.

(61) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 539/2003 de 30 abril. «El delito contra la Hacienda Pública está legalmente configurado como un tipo especial propio en tanto su autor tiene que tener forzosamente la cualidad de sujeto del impuesto cuyo pago se elude. Y como el IRPF es un impuesto que grava la renta de cada persona física, el acusado (...) únicamente pudo cometer el delito concretado en la elusión fraudulenta de la cuota tributaria que pesaba sobre él. No pudo ser autor, ni directa ni mediatamente, de los delitos que pudieron haber cometido los otros acusados omitiendo el pago de las cuotas tributarias que a cada uno de ellos correspondía».

buto. Ya el TS, en la sentencia 407/2018 (62) marcó esta línea al castigar a los administradores de una sociedad aplicando el artículo 31, actuación en nombre de otro, y como cooperadores necesarios los dos agentes de Aduanas que con su conducta «imprescindible» contribuyeron al resultado. Como señala la sentencia, por el artículo 31 CP los administradores pasan a ser realmente autores porque se les transfiere la actuación de la persona representada como propia (63).

En la sentencia núm. 643/1999 (64) se analizaba la conducta de un administrador de una mercantil que vendió unas acciones a un anciano –que, además, se encontraba en fase terminal de una enfermedad, falleciendo en el transcurso de la operación, y que no disponía de capacidad económica para adquirir las acciones–. Al día siguiente, tras realizar la venta, y valiéndose de esta persona interpuesta las vendió a un tercero –verdadero comprador–. Todo esto se realizó con el fin de defraudar a la Hacienda Pública. Además, cuando se presentó la declaración tributaria, ya no figuraba el acusado como administrador único de la sociedad sino su hijo. Para el Tribunal nos encontramos ante un caso de utilización instrumental del nuevo administrador, al estimar que no era conocedor del fraude. En la sentencia 356/2013 (65) se analizó un supuesto donde se había realizado la venta de una empresa por parte del administrador –una persona próxima a jubilarse–, con el propósito de evitar pagar el impuesto de sociedades, y en connivencia con el nuevo administrador. El antiguo administrador de la sociedad alegó que una vez fueron vendidas sus participaciones sociales y cesado, habría dejado de pesar sobre él la responsabilidad

---

(62) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 407/2018 de 18 septiembre.

(63) Plantea, TORRES CADAVID (2019:530 y ss.), como no se puede atribuir responsabilidad penal a título de autor por el artículo 31, al asesor fiscal el que actúa como «representante de hecho» de la persona jurídica porque no se entiende como podría actuar de forma directa e inmediata ante la Administración en nombre del obligado tributario sin ostentar ningún título. Entiende el autor que no podría actuar válidamente frente a la Administración Tributaria.

(64) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 643/1999 de 30 abril. «El hecho de que en el momento del perfeccionamiento delictivo, fuese su hijo quien presentase la declaración tributaria de acuerdo con su reciente nombramiento como administrador de la sociedad, no afecta a la responsabilidad del acusado en concepto de autor, pues caso de ser su hijo conocedor y cooperador del fraude nos encontraríamos ante un delito realizado conjuntamente del que el recurrente es coautor, y caso de no serlo –opción que debemos acoger, conforme al principio de presunción de inocencia, al no haber sido el hijo del recurrente objeto de acusación alguna en esta causa constituiría un simple instrumento, correspondiendo la responsabilidad en concepto de autor al acusado recurrente».

(65) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 356/2013 de 19 abril.

de abonar el importe del impuesto de sociedades. El Tribunal Supremo no lo estimó así, ratificando la sentencia de la AP que condenaba a ambos administradores, y señaló que era indiferente que en la fecha de la consumación del delito el acusado hubiera perdido la titularidad formal de la sociedad «al ser esta circunstancia una de las condiciones del resultado final perseguido y efectivamente logrado».

Plantea Choclán Montalvo (66) la posibilidad de que el *extraneus* cometa el delito en comisión por omisión cuando con su actuar precedente ha creado un riesgo de lesión que luego realiza el sujeto que no tiene cualificación especial sin dolo, naciendo un deber de impedir el resultado lesivo para la Hacienda Pública. Siendo indiferente que quien luego termine consumando el delito lo haga sin dolo.

Respecto de la participación no existe, como he señalado, problemas a la hora de que intervengan otros sujetos como inductores, cooperadores necesarios o cómplices. En todo caso estaremos a la doctrina de la participación accesorio limitada. En cualquier caso, se aplicarán las reglas que al respecto establece el artículo 65.3 CP para la rebaja de las penas a los partícipes en los delitos especiales. Por ejemplo, la sentencia TS 675/2019 condenó como cooperador necesario dentro de un caso de fraude carrusel al sujeto que se dedicaba a crear las sociedades que posibilitaron simular el tráfico comercial en el que se generaba y repercutía el impuesto de IVA.

Es muy frecuente en este tipo de delitos descargar la responsabilidad en asesores, abogados... principalmente aludiendo a lo complejo que a veces resulta la materia tributaria. En esta línea algunas sentencias recogen (67) como el delito no desaparece por el mero hecho de delegar, cuando se mantiene la competencia para recabar la información de su cumplimiento por el delegado o si puede revocar la delegación. Por lo expuesto, que exista un *extraneus* como representante del sujeto especial no acarrea como consecuencia necesaria que el sujeto en cuyo nombre está actuando el *extraneus* sea exonerado.

La sentencia núm. 374/2017 analizaba un supuesto de cesión de los derechos de imagen de un futbolista a unas sociedades domiciliadas en países cuya legislación tributaria permitía la opacidad, con el fin de ocultar esos ingresos a la Hacienda Pública. Ingreso que, en la presentación de la declaración omitió. Para el Tribunal resultaba difícil de comprender cómo habían sido excluidos de la acusación del Ministerio Fiscal y Abogacía del Estado los asesores, y castiga al futbolista como autor y al padre como cooperador necesario.

---

(66) CHOCLÁN MONTALVO (2016: 144).

(67) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 374/2017 de 24 mayo.



Podemos encontrar supuestos de cooperación necesaria o complicidad en la conducta del asesor o abogado, e incluso de inducción. En la sentencia núm. 182/2014 del Tribunal Supremo (68) se ratificó la condena a un abogado-asesor fiscal, como cooperador necesario, al entender que actuó articulando estructuras fiduciarias a fin de ocultar la titularidad de las rentas y patrimonio de su cliente ante la Hacienda Pública, y como sin su intervención no se habría podido cometer el delito (69). Por contra, la AP de León (70), en el Auto núm. 204/2019, exculpó a un asesor fiscal, que actuó de forma neutra, al no constar el ánimo defraudatorio en su conducta de llevanza de la contabilidad.

Para De la Mata Barranco (71), en determinados supuestos puede que el asesor fiscal realice una conducta que vaya más allá del mero participe, por ejemplo, cuando es el asesor es el que busca realizar la acción, ya que cobra por la cantidad ahorrada o tiene cualquier otro interés ligado a ese ahorro ilícito. Para Arenere Bayo (72) si el asesor transmite meramente información propia de su profesión a su cliente y el cliente la utiliza para cometer un delito contra la Hacienda pública sin tener ninguna otra intervención en el delito, difícilmente será responsable, así como cuando el asesor se limita a cumplir lo mandado por su cliente. Distingue Bacigalupo Saggese (73) aquellos casos en los que el asesor fiscal prepara y presenta la declaración actuando en nombre del obligado tributario, quien delega en él para cumplir sus deberes tributarios, ahí el asesor sería considerado autor. Por el contrario, cuando el asesor fiscal asesora con el fin de eludir las obligaciones tributarias, pero es el propio obligado tributario quien finalmente presenta la declaración, el asesor será cooperador necesario. Para Moreno Verdejo (74), son varias las situaciones que se pueden producir: Si ambos actúan en connivencia, el obligado será autor y cooperador necesario el asesor que proporciona conocimientos y modos para cometer la defraudación lejos del alcance o dominio del obligado tributario. En cambio, si su cooperación no es necesaria estaríamos ante un supuesto de complicidad. Puede ocurrir que el asesor sea el inductor y el inducido, ostentando el dominio del hecho, realice

---

(68) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 182/2014 de 11 marzo.

(69) Citando al Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 249/2003 de 30 marzo.

(70) Audiencia Provincial de León (Sección 3.ª) Auto núm. 204/2019 de 21 febrero.

(71) DE LA MATA BARRANCO (2018: 559 y ss.).

(72) ARENERE BAYO (2017: 2).

(73) BACIGALUPO SAGGESE (2017: 3 y ss.).

(74) MORENO VERDEJO (2017: 6 y ss.).

la defraudación. Si es el asesor quien defrauda, y existe un total desconocimiento del cliente el obligado no responderá y el asesor deberá de responder como inductor o cooperador necesario. Puede ocurrir que el asesor sea utilizado por el cliente, disponiendo solo de parte de la información o siendo engañado, en cuyo caso no será responsable.

En relación con las declaraciones conjuntas, el IRPF otorga a las personas que integran la unidad familiar la posibilidad de presentar la declaración, si quieren, de forma conjunta. En este supuesto la duda surge respecto a que, si la cantidad de 120.000 euros debe de tomarse en su conjunto o separadamente, por cada miembro, ya que estamos ante una única relación jurídico-tributaria. Para Ferré Olivé (75), sería necesario analizar separadamente cada aportación. Para García Díez (76) será necesario probar que han participado ambos contribuyentes. En mi opinión, si existe una sola declaración, y esta sobrepasa la cuantía máxima establecida se habrá producido defraudación. Cosa distinta es que a efectos de prueba sea necesario determinar la participación de cada uno de los cónyuges. El hecho de utilizar un modelo de declaración conjunta no puede servir de patente de corso para cometer un delito tributario.

Por último, recordar como el artículo 310 bis recoge expresamente la RPPJ en este tipo de delitos, lo que ha sido un acierto del legislador.

## 5. EL SUJETO PASIVO

El tipo penal recoge como la defraudación debe de realizarse a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local. Además, el tipo penal también castiga, en el punto tercero, cuando los hechos tienen como sujeto pasivo la Hacienda de la Unión Europea.

La Constitución Española deja al Estado la potestad originaria para establecer tributos de forma exclusiva, aunque también las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales pueden crear tributos de acuerdo con la Constitución y las leyes (artículo 132 CE). De hecho, el artículo 142 CE, recoge que a fin de que las Haciendas Locales puedan ejercer sus funciones podrán disponer de tributos propios y participar en los del Estado y Comunidades Autónomas. Si acudimos al artículo 4 de la LGT se nos señala como también las demás entidades de derecho público podrán exigir tributos cuando lo faculte la ley.

---

(75) FERRÉ OLIVÉ (2018: 448).

(76) GARCÍA DIEZ (2018: 281).

De la exégesis de la normativa existente se deduce que tendremos que acudir a la normativa de cada impuesto para determinar cuál es la Hacienda afectada. Esto se complica en ocasiones por la existencia de tributos que están cedidos a las CCAA, o bien que están compartidos o participados. Puede plantear problemas el supuesto de los tributos compartidos, imaginemos el IRPF con cuota estatal y autonómica— y en qué medida esto afecta a la determinación de la cuota. Ferré Olivé (77) sostiene que en este supuesto es necesario sumar las cuotas defraudadas a las diferentes Administraciones siempre y cuando nos encontremos ante el mismo concepto tributario y periodo impositivo. También Choclán Montalvo (78) sostiene que es indiferente quien tenga esa potestad para exigir tributos originariamente, y como la cuota se ha de valorar de forma unitaria con independencia de que se trate de tributos compartidos, siendo lo relevante la cuota defraudada en cada periodo, ya que no estamos ante bienes jurídicos de naturaleza personal, no obstante, como sostiene el autor tendrá su importancia desde el punto de vista procesal (mostrarse parte y ejercer la acusación particular).

Respecto a la introducción del término foral, se trata de una precisión terminológica que no afecta al tipo penal, como señaló el Tribunal Supremo (79), estando con anterioridad también las Haciendas Forales protegidas por el tipo del delito fiscal.

## 6. LA DETERMINACIÓN DE CUANTÍA DE LA CUOTA TRIBUTARIA

La determinación de la cuantía de la cuota tributaria defraudada —ya sea eludida, de los importes no ingresados o de los beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados— es de vital importancia en este tipo de delitos donde nos encontramos ante una condición objetiva de punibilidad que impide perseguir la infracción penalmente si no llega a ese mínimo. La propia LGT señala en el artículo 19 como la obligación tributaria principal es el pago de la cuota tributaria.

Esas cuantías están establecidas en la cantidad de 120.000 euros (80), en el caso de hacienda estatal, autonómica, local o foral.

---

(77) FERRÉ OLIVÉ (2018: 458).

(78) CHOCLÁN MONTALVO (2016: 149).

(79) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 20/2001 de 28 marzo.

(80) Debiendo de superar esta cantidad. FITOR MIRÓ (2018:139) propone equiparar el importe de la cuota a la establecida cuando la perjudicada es la Hacienda

En el caso de la Hacienda de la Unión Europea la cuantía establecida ha sido modificada tras la reforma operada por la L.O. 1/2019, de 20 de febrero, pasando de cuatro mil a diez mil euros, existiendo un tipo agravado cuando la cuantía defraudada supere los cien mil euros (81).

El artículo 305.2 CP establece como la determinación de la cuantía va a depender de si nos encontramos ante tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, que tengan un carácter periódico —o de declaración periódica—, y aquellos otros que no tienen este carácter. Ejemplos de tributos periódicos son el IRPF, Impuesto de Sociedades; ejemplos de tributos de declaración periódica los tenemos en el IVA; mientras que ejemplos de tributos de declaración instantánea los tenemos, por ejemplo, cuando una persona fallece en el Impuesto de Sucesiones, o bien realiza una liberalidad en cuyo caso se aplicaría el Impuesto de Donaciones, o realiza algún tipo de transmisión patrimonial sujeta al ITP.

En el primero de los casos —carácter periódico—, se habrá de estar al importe que ha sido defraudado en cada período impositivo o de declaración. No obstante, se establece que para aquellos supuestos en los que este período sea inferior a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural (como ocurre con el IVA donde se realizan declaraciones trimestrales y existe otra anual, ya que se trata de un impuesto de declaración periódica que grava la prestación del servicio o las entregas de bienes (82)). En el caso de que no tengan esa periodicidad la cuantía ha de ir referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación —como ocurre con tributos como el impuesto de sucesiones—.

En los tributos periódicos, cuando la defraudación se lleva a cabo en el seno de una organización o grupo criminal, o por personas o

---

Europea, «complementada con la reinstauración de la figura de la falta (delito leve) fiscal, a partir de una cuota defraudada de 15.000 euros», lo que en opinión del autor indicaría que «el sistema se toma en serio la persecución de dicho delito».

(81) BUSTOS RUBIO (2019: 4) Como señala el autor con la reformulación del tipo penal, aparecen dos conductas nuevas: «eludir el pago de cualquier cantidad que deba ingresarse (esto es, no solo tributos, cantidades retenidas o ingresos a cuenta, como estipula el art. 305.1 CP), y también disfrutar indebidamente un beneficio obtenido legalmente (esto es, ya no solo un beneficio fiscal, como señala el art. 305.1 CP)».

(82) Precisamente, con relación al IVA el Tribunal Supremo, Sentencia núm. 499/2016 de 9 junio, ha señalado que, para afirmar la existencia de una conducta delictiva, es necesario establecer que la cuantía defraudada en el año natural superó la cifra marcada por la ley penal. Por lo que será necesario realizar una liquidación de todas las operaciones llevadas a cabo por el sujeto activo (sujeto pasivo del impuesto) en el período del año natural, a fin de poder determinar la cuantía que debería haber ingresado y compararla con la que efectivamente se pagó.

entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real, pero sin desarrollarla de forma efectiva, el tipo penal prevé que se pueda perseguir desde el momento que se alcance la cantidad establecida. Se trata de facilitar la persecución de estos delitos y evitar que se puedan eludir las responsabilidades que llevan aparejadas.

El tipo penal hace referencia a la cuota defraudada, lo que nos lleva al artículo 56 y 58 de la LGT para su determinación. Hemos de diferenciar la cuota de la deuda tributaria. El artículo 58 nos señala como la deuda tributaria «*estará constituida por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal o de las obligaciones de realizar pagos a cuenta*» y esta comprende interés de demora, recargos y sanciones. Para Choclán Montalvo (83) no forman parte de la cuota defraudada ni la cuota que se ha pagado, ni los intereses de demora ni recargos, ni tampoco las sanciones, ni los conceptos que tienen naturaleza indemnizatoria.

Respecto a la naturaleza de la cuantía, es discutida. Para un sector doctrinal no estaríamos ante una condición objetiva de punibilidad sino ante un elemento del tipo penal y como tal habría de ser abarcado por el dolo del sujeto activo. Para De la Mata Barranco (84), sería suficiente con que el sujeto «*(...) conozca y asuma que de su conducta se deriva un perjuicio (como en los delitos patrimoniales en sentido estricto o amplio)*». Los últimos pronunciamientos jurisprudenciales se han decantado por considerar que nos encontramos ante una condición objetiva de punibilidad, así, por ejemplo, la sentencia TS 89/2019 o la sentencia del TS núm. 751/2017 (85) en un supuesto donde, si bien la intención del sujeto era defraudar, no se superaba la cantidad exigida puesto que las cantidades para las que se solicitó devolución de forma indebida no llegaron a hacerse efectivas al ser detectadas por la Administración Tributaria. También la AN (86) en un supuesto de defraudación de IRPF consideró que el dolo de autor no tenía que abarcar el conocimiento de que la cuantía superase el mínimo legal, y como nos encontrábamos ante una condición objetiva de punibilidad. Como recogen algunas sentencias esta cuestión ha perdido relevancia al admitirse el dolo eventual (87).

---

(83) CHOCLÁN MONTALVO (2016: 184).

(84) DE LA MATA BARRANCO (2018: 546).

(85) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 751/2017 de 23 noviembre.

(86) Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3.ª) Sentencia núm. 18/2019 de 4 abril.

(87) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 89/2019 de 19 de febrero.

Otra de las cuestiones que surgen es si es posible sumar la cuota defraudada de diferentes impuestos entre sí, siempre que se defraude en el mismo periodo. El Tribunal Supremo ha declarado en numerosas ocasiones que cuando se infringe un deber se infringe ese deber establecido en cada tributo, lo que impide que se puedan sumar las cuantías de diferentes tributos entre sí, y tampoco se puedan adicionar cantidades de diferentes anualidades (88).

«Cuando el texto del art. 305 CP describe la acción como la elusión del pago de tributos se refiere a infracciones particulares que sólo pueden ser infracciones de deberes específicos propios de cada tributo, de suerte que si se presentan varias declaraciones fiscales fraudulentas referidas a distintas especies de tributos, se cometerán por regla varios hechos independientes incluso cuando las declaraciones estén referidas al mismo ejercicio fiscal» (89)

«La redacción típica del delito fiscal, con la doble exigencia de un periodo impositivo, en el caso de un año de duración, y la exigencia de una cuota defraudada de 120.000 euros, permite establecer que en su conformación no pueden adicionarse otros impuestos distintos entre sí, que no caben formas imperfectas y que no cabe conformar la cantidad con defraudaciones de distinta anualidad. Se alude así a un criterio que en la jurisprudencia se ha identificado como de «estancueidad» en referencia a la exigencia de una cuota tributaria defraudada, 120.000 euros, en un concreto periodo del tributo correspondiente. Esa conformación supone que cada periodo impositivo sea distinto del anterior y del subsiguiente, de manera que cada periodo impositivo habrá de comprobarse, de forma individualizada, la concurrencia del resultado defraudatorio por el importe previsto en la norma penal, los 120.000 euros.

Llegados a este extremo es necesario cuestionarse, quien determina la cuota defraudada y con qué reglas. La determinación de la cuantía de la cuota defraudada debe de realizarse dentro del procedimiento penal, siendo el juez el que debe de llevar a cabo esta determinación en base a la normativa tributaria. La propia LGT, en el artículo 257 establece que la liquidación realizada por la Administración Tributaria se ajustará a lo que se determine en el proceso penal en relación con la existencia y la cuantía de la defraudación. Así como la necesidad de adecuar la liquidación efectuada por la Administración Tributaria, en caso de que difiriera de la establecida al término del

---

(88) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 290/2018 de 14 junio.

(89) Tribunal Supremo. (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 284/2017, de 15 de febrero.

procedimiento penal, o incluso anular dicha liquidación, si no se apreciara finalmente delito porque no exista una obligación tributaria.

La Administración Tributaria cuando aprecia la existencia de un delito puede llevar a cabo la liquidación de la parte vinculada a dicho delito contra la Hacienda Pública, por un lado, y por otro, liquidar aquellos conceptos no vinculados al delito (90). Esto no implica que la liquidación deba de realizarse obligatoriamente, pues la propia LGT establece determinadas excepciones (artículo 251 LGT) donde la Administración Tributaria no debe de realizar la liquidación, sino que, motivadamente, debe de remitir el tanto de culpa a la jurisdicción competente o remitir el expediente al Ministerio Fiscal. Esto ocurre cuando de llevarse a cabo la liquidación administrativa pueda provocar que el delito prescriba en vía penal, o pueda perjudicar a la averiguación o comprobación del delito. También, debe de remitirse cuando no sea posible determinar con exactitud el importe de la liquidación o haya una imposibilidad de imputarla a un obligado tributario concreto. En cualquier caso, el artículo 252 LGT obliga a la Administración Tributaria a no pasar el tanto de culpa a la jurisdicción competente ni remitir el expediente al Ministerio Fiscal hasta que no haya comprobado que el obligado tributario no ha procedido a la regularización. A lo dicho hemos de añadir como la sentencia del TS 1246/2019 (sala de lo contencioso-administrativo) (91), ha venido a anular el número 2 del artículo 197 bis del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, que regula las actuaciones en el caso de delitos contra la Hacienda Pública, e interpreta que no es posible pasar el tanto de culpa o remitir al Fiscal las actuaciones de comprobación después de haberse dictado una liquidación administrativa ni tampoco después de haberse sancionado la conducta infractora pues afectaría al principio *non bis in idem*.

En aquellos casos en los que se realice la liquidación puede ocurrir que por un mismo concepto impositivo y dentro del mismo periodo, existan elementos en los que se aprecia una conducta dolosa susceptible de configurar un delito contra la Hacienda Pública, y otros que no lo son, en cuyo caso, se han de efectuar por la Administración liquidaciones separadas.

---

(90) PÉREZ-BUSTAMANTE (2020: 4) Nos encontramos en este caso ante una posible finalidad recaudatoria que, además, para un sector doctrinal puede afectar al principio *ne bis in idem*, o incluso el propio principio de tutela judicial efectiva, pues de continuarse con el procedimiento administrativo podría a llegar a vulnerarse el principio de defensa dentro del procedimiento penal. Para el autor, si lo que se pretendía eran garantías se podían haber conseguido a través de la imposición de medidas cautelares.

(91) Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) Sentencia núm. 1246/2019 de 25 septiembre.

En los tribunales, antes de la reforma LO 7/2012 se había planteado si era necesaria la previa liquidación administrativa, señalando el TS en la sentencia 267/2014 que no era una condición para perseguir el delito. En la actualidad, la propia LGT recoge supuestos donde no es necesario la previa liquidación como hemos apuntado. No obstante, lo habitual será que esta se lleve a cabo (92).

En la sentencia del Tribunal Supremo núm. 290/2018 (93) se planteó una cuestión muy interesante, ya que dentro del procedimiento de investigación (diligencias previas) en torno a un Convenio urbanístico, se emitió por parte del juez instructor una providencia en la que encargaba a la UDYCO y a la Delegación de la AEAT la realización de unos informes sobre un posible fraude fiscal. Esto fue alegado por las defensas que entendían como no era posible la investigación simultánea de los mismos hechos por la jurisdicción penal y la administrativa, y que esto había provocado indefensión. No llega a esa conclusión la sentencia que recoge como lo normal es que ese proceso de investigación se lleve oculto al investigado.

En cualquier caso, la determinación de la cuota debe de realizarse por el juez penal conforme a la normativa que regula el impuesto. No existe una prejudicialidad tributaria, que obligue a partir de la liquidación efectuada por las autoridades o funcionarios de la Agencia Tributaria, o que ésta sea necesaria para la causa penal, pues en determinados supuestos la propia LGT excluye la liquidación. Pero como ha señalado el TS en la sentencia núm. 499/16 (94) esto no significa que no sea valorada dentro del procedimiento y resulte absolutamente desechable.

Por tanto, dentro del procedimiento penal se habrá de determinar la cuota, y esta puede coincidir con lo señalado por los peritos de la Administración Tributaria o no. Lo realmente importante es que pueda estar sometido a contradicción y ser objeto de prueba, valiéndose las partes de los medios de prueba que a su derecho convengan. En la sentencia del TS núm. 31/2012 (95) se alegó por la defensa

---

(92) No obstante, en la STS 751/2917 se recoge como si no se realiza la liquidación difícilmente se va a poder determinar que se ha superado esa cantidad: «Uno de los elementos componentes para hacer surgir el hecho criminal es que la elusión del impuesto o de la devolución indebida supere una determinada cantidad, lo que es imposible precisar si previamente no se ha realizado la liquidación».

(93) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 290/2018 de 14 junio.

(94) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 499/2016 de 9 junio.

(95) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 31/2012 de 19 enero.



que el Tribunal había aceptado de forma mecánica los datos aportados por el perito judicial que venían a coincidir con lo señalado por la Agencia tributaria. Para el Tribunal es perfectamente acorde a derecho valorar, como se hizo, la prueba pericial, y admitir como acertados los datos aportados por la Administración, pues es el Tribunal el que determina que se ha cometido la defraudación. Y es que, la deuda tributaria no entra en el procedimiento como un dato predeterminado, intangible e invariable, inmune a la contradicción procesal (96) sino que ha de valorarse, sin que como ha señalado la jurisprudencia sea objeto de una aceptación mecánica y acrítica. En cualquier caso, debe de determinarse conforme a las normas del tributo (97).

En la sentencia del TS 523/2015 (98) se planteó un recurso, que fue estimado al apreciar arbitraria e irracional la sentencia recurrida, ya que esta se había apartado de la normativa tributaria establecida para la determinación de la cuota. El juez no puede aplicar su prudente arbitrio a la hora de determinar la cuota defraudada, sino que está sujeto a la norma tributaria. Por tanto, la determinación del fraude se produce ante los tribunales, pero con base en las reglas establecidas para el pago del tributo de que se trate.

Pero ¿qué ocurre con las presunciones en materia tributaria, son trasladables al proceso penal? En este sentido la respuesta ha de ser negativa, precisamente por la especialidad del proceso penal y el principio de presunción de inocencia. Así:

«En la STS n.º 2486/2001, de 21 de diciembre, se afirmaba que en lo que se refiere a las cuestiones de hecho, o probatorias, el Tribunal penal debe atenerse al sistema probatorio propio del proceso penal, pues el principio constitucional de presunción de inocencia determina condicionamientos específicos que, por su rango constitucional, no pueden ser derogados por el legislador ordinario. En el proceso penal la prueba de la culpabilidad del acusado incumbe en todo caso a la acusación, incluyendo en la culpabilidad los elementos objetivos y subjetivos integradores del delito, no siendo admisibles presunciones legales contra reo ni tampoco la inversión de la carga de la prueba. Si es admisible, sin embargo, la prueba de indicios, pero en todo caso cumpliendo las condiciones de fiabilidad necesarias para estimar que la culpabilidad ha sido acreditada «fuera de toda duda razonable». En caso de duda, el principio *«in dubio pro*

---

(96) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia de 3 diciembre 1991.

(97) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 974/2012 de 5 diciembre.

(98) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 523/2015 de 5 octubre.

*reo*» impone la absolución, (sentencia núm. 274/1996, de 20 de mayo). Y en la STS n.º 774/2005, de 2 de junio, se recordaba, citando otras anteriores, que en la medida en que tales presunciones legales coinciden con la técnica probatoria que los Tribunales utilizan para la construcción racional de la prueba indiciaria pueden ser aplicadas para obtener su convicción, no como tales presunciones legales, sino como reglas de experiencia y racionalidad inferencial a título probatorio».

En la sentencia de la AP de Murcia núm. 17/2019 (99), se enjuiciaba si el acusado, administrador único de una sociedad, guiado por el ánimo defraudatorio no había incluido en la base imponible del impuesto de sociedades del año 2004 el importe real obtenido por la venta de un solar y unas plazas de garaje, siendo finalmente absuelto. Para la sentencia, el informe de la Agencia Tributaria tiene el carácter de una denuncia sin que el proceso penal pueda resultar condicionado por una presunción previa derivada de un procedimiento de inspección.

¿Y la estimación indirecta? Con mucha cautela algunas sentencias se han referido a esta cuestión. Así, la sentencia TS núm. 88/2017 se refiere a esta cuestión bajo el argumento que de no utilizar estos métodos se estaría primando al incumplidor, siendo este modelo aceptado pero sujeto siempre al principio de contradicción.

## 7. TIPO SUBJETIVO

Nos encontramos ante un tipo penal donde no está previsto el castigo imprudente. Es necesario que el sujeto actúe con dolo. Este dolo puede ser tanto directo como eventual, y requiere que el sujeto conozca que existe una relación jurídica-tributaria que le obliga a tributar y actúe con el deseo de no tributar.

La sentencia núm. 209/2019 (100) del TS exige dentro de los requisitos para estimar la existencia de un delito fiscal, (existencia de

---

(99) Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5.ª) Sentencia núm. 17/2019 de 5 febrero.

(100) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 209/2019 de 22 abril. «(...) son tres los presupuestos que han de concurrir para la estimación del delito fiscal. En primer término, un comportamiento típico encaminado a uno de estos tres fines: a la elusión del pago de un tributo, de cantidades retenidas o que se hubiesen debido retener o de ingresos a cuenta de retribuciones en especie; a la obtención indebida de devoluciones; o al disfrute indebido de beneficios fiscales. En segundo lugar, un ánimo de defraudar a la Hacienda Pública. Y, finalmente, un resultado lesivo para la misma por un importe superior a 120.000 euros, por

la relación jurídico-tributaria, un comportamiento típico destinado a llevar a cabo las conductas que exige el tipo penal –eludir, disfrutar u obtener– y un resultado lesivo), también un ánimo de defraudar. En el caso enjuiciado concretamente de eludir el pago del impuesto a la Hacienda Pública.

«(...) lo cierto es que el criterio mantenido por este Tribunal se orienta hacia la exigencia añadida de un componente defraudatorio en la conducta del sujeto activo, que se traduzca en la ocultación del hecho imponible o de sus características (tipo objetivo) con el ánimo de eludir el pago del impuesto (tipo subjetivo) (STS 28/11/2003)»

Precisamente, por no constar ánimo defraudatorio en su conducta de llevanza de la contabilidad, sino ser una conducta neutra, el Auto núm. 204/2019 de la AP de León (101) archivó la causa contra el asesor fiscal. En otras sentencias como la del TS núm. 746/2018 (102) se hacía referencia al ánimo de incumplir sus obligaciones tributarias o en la STC 57/2010 (103) se hace referencia a un ánimo específico de ocasionar el perjuicio típico.

En ocasiones, ese elemento se deduce de determinada actitud del sujeto, como el hecho de que el acusado interpusiera un sujeto pasivo distinto del real, o la deslocalización en paraísos fiscales a fin de favorecer el ocultamiento. Para el Tribunal es necesario que el sujeto conozca que es el sujeto pasivo del tributo, o lo que es lo mismo, que conozca esa obligación tributaria y busque con sus actos ocultar el hecho imponible y evitar el pago.

Aparte de este dolo genérico no exige el tipo penal ningún otro elemento subjetivo, como refiere la sentencia TS núm. 290/2018 (104), como ánimo de lucro o ánimo de perjudicar, siendo como recoge la

---

debajo del cual las infracciones serán objeto de expediente sancionador en vía administrativa».

(101) Audiencia Provincial de León (Sección 3.ª) Auto núm. 204/2019 de 21 febrero.

(102) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 746/2018 de 13 febrero.

(103) Tribunal Constitucional Sentencia núm. 57/2010 de 4 octubre.: «(...) Así, pues, la «merma de los ingresos a la Hacienda Pública» no puede considerarse como requisito suficiente para considerar consumado el tipo penal de defraudación, pues junto «a ese resultado perjudicial para los legítimos intereses recaudatorios del Estado había de darse el elemento subjetivo característico de toda defraudación, esto es, un ánimo específico de ocasionar el perjuicio típico mediante una acción u omisión dolosa directamente encaminada a ello» (SSTC 120/2005, de 10 de mayo, F. 5; y 129/2008, de 27 de octubre, F. 5)».

(104) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 290/2018 de 14 junio.

sentencia 284/2019 (105) del TS suficiente el dolo de ocultar a la Hacienda Pública las bases impositivas, sin exigir ningún elemento adicional.

La sentencia núm. 290/2018 (106) del TS analiza una cuestión interesante como es la ignorancia deliberada y su difícil encuadre con la garantía constitucional de presunción de inocencia, pues en derecho español el dolo es necesario probarlo sin que exista presunción de dolo. Cosa distinta es que ese dolo, al menos eventual, pueda probarse a través de la prueba directa e indiciaria, y determinar que en el sujeto existía una conciencia y voluntad de eludir el pago.

Si entendemos que la cuantía mínima para ser considerado delito es una condición objetiva de punibilidad esta cuestión no sería necesario que fuera abarcada por el dolo (107), no así, para los que consideraran que es un elemento del tipo penal (108). En la sentencia núm. 523/2015 se planteaba la cuestión de si se admitía o no el dolo eventual (109), llegando a la conclusión de que es compatible el dolo eventual con la conducta defraudatoria, que como señala la sentencia se producirá cuando se aporten a la declaración del impuesto

---

(105) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 284/2019 de 30 de mayo: «En cuanto a la existencia de una maniobra defraudatoria, la jurisprudencia no ha exigido en el delito fiscal por elusión del pago del tributo una configuración semejante a la del delito de estafa, de manera que no es necesaria una maquinación engañosa que pudiera determinar un acto de disposición por parte del engañado, en este caso, la Administración. Es suficiente el dolo de ocultar a la Hacienda Pública las bases impositivas en el marco de la situación real del contribuyente, en cuanto es relevante a los efectos del impuesto. Del relato de hechos se desprende que el recurrente ocultó a la Hacienda Pública en su declaración del IRPF la existencia de unas rentas o rendimientos que solo pudieron ser descubiertos en la realización de una inspección, sin que se haya podido acreditar su origen, lo cual es suficiente para apreciar el dolo defraudatorio exigido por el tipo»

(106) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 290/2018 de 14 junio. «Debemos, por lo tanto, aclarar que en el derecho vigente no cabe ni la presunción del dolo, ni eliminar sin más las exigencias probatorias del elemento cognitivo del dolo. Pero, dicho esto, y tal como hemos venido exponiendo, en este caso la conciencia y voluntad del método y resultado fraudulento en relación al deber de tributar por IRPF, viene evidenciado por los datos objetivos constatados por prueba directa e indiciaria que acreditan los actos que se dicen ejecutados material y directamente por el acusado y que permiten inferir conciencia y voluntad de que con tales actos eludía el debido pago fiscal».

(107) Otros autores como FERNÁNDEZ BERMEJO (2018:18) opinan que el dolo en estos delitos debe de abarcar el ánimo específico de defraudar, el conocimiento de los deberes tributarios, y la conciencia de la cuantía.

(108) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 643/2005 de 19 mayo.

(109) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 523/2015 de 5 octubre.

datos mendaces, o que sean susceptibles de ocultar o encubrir la realidad.

En cuanto a la existencia del error, es necesario que el sujeto no conozca que está ante una relación jurídica tributaria. Existe controversia en la doctrina en torno a la consideración del error sobre el deber tributario como error de tipo o de prohibición. Ferré Olivé (110) plantea el supuesto del sujeto que es asesorado por un técnico, pensando que realiza solo ante una infracción administrativa, si conoce el deber tributario, nos encontraríamos ante un supuesto de error de prohibición vencible, que permitiría de existir dolo imputar al asesor. Para De la Mata Barranco (111) es complicado admitir el error (aunque sea vencible) en los supuestos en los que el sujeto alega que quiere defraudar una cantidad menor, debido precisamente a que se admite el dolo eventual. Para este autor los supuestos de absoluto desconocimiento de la obligación de tributar darían lugar al error de prohibición. En mi opinión, en la actualidad es muy difícil que se pueda dar el error, pues es raro que al menos el individuo no sospeche de su obligación de tributar, y en aquellos supuestos donde quiere defraudar una cantidad menor –en mi opinión– al menos concurre el dolo eventual.

## 8. LA CONSUMACIÓN

La consumación de estos delitos se produce de diferente forma según su naturaleza. En los delitos que tienen un carácter periódico con autoliquidación esta se produce una vez que ha transcurrido el plazo voluntario, pues hasta ese momento el sujeto puede modificar la declaración. Pasado ese periodo el delito se considera consumado. Así, según la sentencia TS núm. 209/2019:

«Una vez finalizado el plazo para la declaración voluntaria en los tributos periódicos con autoliquidación, sin que se haya presentado ésta, el delito se considera consumado, bastando en esos casos con la mera omisión, puesto que es interpretada y valorada razonablemente como una conducta suficientemente idónea para la elusión del pago del impuesto en cuanto supone la ocultación de la misma existencia del hecho imponible o de sus características. Esta consideración no debe ser modificada en los casos en los que la Administración inicia sus actuaciones de comprobación o investigación una vez que ha

---

(110) FERRÉ OLIVÉ (2018: 276).

(111) DE LA MATA BARRANCO (2018: 550 y ss.).

transcurrido el plazo voluntario, pues en esos casos el delito, de existir, ya estaría consumado.»

En la sentencia del TS 740/2018, tras acotar como el delito contra la Hacienda Pública se consuma en el momento en que se agota el plazo para la declaración voluntaria del impuesto, diferencia entre el periodo de generación de la deuda, y el periodo de ingreso. Así, en el caso del IRPF es necesario diferenciar entre el periodo en el que se obtienen los ingresos que determinan el nacimiento de la obligación tributaria, presupuesto del delito, del incumplimiento de la obligación tributaria. En el caso del IRPF será el 30 de junio, cuando termine ese plazo voluntario. En otros supuestos como el IVA será el 30 de enero, etc.

Respecto a la consumación, la sentencia del TS núm. 643/1999 analizaba un supuesto donde se condenó como autor al antiguo administrador de la sociedad, entendió el Tribunal que, aunque fue su hijo quien presentó la declaración como nuevo administrador, el fraude se generó cuando éste estaba como administrador y esa acción en sí misma constituía ya, como señala la sentencia, un principio de ejecución que predeterminaba el resultado. También la sentencia TS núm. 290/2018 (112) recoge un supuesto donde se alegaba que en el momento de presentar la declaración el acusado había cesado como secretario. Para la sentencia hay un largo iter desde que se comienza a elaborar la defraudación hasta que se materializa, interviniendo el acusado en diferentes fases, sin que por el hecho de dimitir dos días antes de que se presentara la declaración del Impuesto de Sociedades se diluya lo realizado con anterioridad, donde sí había intervenido con ese fin.

Como recogen varias sentencias (113) del TS no existe diferencia alguna respecto a la consumación por el hecho de que el sujeto presente o no la declaración ya que el delito se consuma en el momento en que expira el plazo legal voluntario para realizar el pago. Hasta que no transcurre este periodo no se puede hablar de consumación ya que aún podría el sujeto desistir realizando una declaración complementaria.

---

(112) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 290/2018 de 14 junio.

(113) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1688/2000, de 6 noviembre, o Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 751/2003, de 28 noviembre.

En relación con las formas imperfectas, en la sentencia 290/2018 (114) se nos hace referencia a como en determinadas formas comisivas, como eludir el pago en los impuestos autoliquidativos, no es posible la existencia de formas imperfectas. No así, como veremos en la obtención de devoluciones.

En los tributos donde no se realiza una autoliquidación, sino que el sujeto pasivo declara el hecho imponible y la Administración luego realiza la liquidación existe más controversia. Para Ferré Olivé (115) existe prácticamente unanimidad a la hora de entender que la consumación se produce cuando vence el plazo para el pago de la deuda ya liquidada. Este autor señala varias hipótesis: en primer lugar, la falta de presentación de la declaración, entendiéndose, opinión que comparto que el momento consumativo es igual que en el momento de la autoliquidación. En segundo lugar, con la presentación de datos falsos, para este autor será cuando la administración realice la liquidación con los datos falsos cuando quedará consumado, hasta la determinación de la cuota debida cabría la tentativa. Y, en tercer lugar, en el caso de que se produjera una declaración correcta e impago, opina el autor que no existiría defraudación al no existir ocultamiento.

En la consumación de la obtención indebida de devoluciones se plantea un problema parecido, pero con la salvedad de que el tipo penal utiliza la expresión «obtener». Así, el delito no se consumaría cuando se ha presentado la declaración indebida, debiendo de demorarse o bien al momento en que se dicta la resolución de la administración confiriendo el derecho a la devolución o, cuando se realiza el traspaso patrimonial. Como señala Ferré Olivé (116) el tipo penal recoge la expresión obtener, y es a partir de la resolución de la administración cuando se obtiene ese derecho. Aunque particularmente también opino que no es necesaria la transferencia patrimonial, sino simplemente la resolución administrativa, lo cierto es que la jurisprudencia exige que se produzca esa transferencia patrimonial. Así, en la modalidad de obtención indebida de devoluciones la sentencia TS núm. 89/2019 condenó al acusado por tentativa al entender que la conducta no quedó consumada al haber detectado la Agencia Tributaria el fraude y ser necesario el desplazamiento patrimonial.

Respecto de la modalidad de disfrute indebido de beneficios fiscales esa misma sentencia señala que se produce cuando se percibe o se computa el beneficio fiscal improcedente.

---

(114) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 290/2018 de 14 junio.

(115) FERRÉ OLIVÉ (2018: 519).

(116) FERRÉ OLIVÉ (2018: 522).

El CP en los delitos contra la Hacienda Pública establece como regla especial, para facilitar la persecución del delito, que cuando el delito se lleve a cabo en el seno de una organización o grupo criminal, o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva, que pueda perseguirse desde el mismo momento en que se alcance la cantidad fijada. Se trata de evitar la defraudación que, en determinados tributos, principalmente IVA puede surgir por la creación de sociedades creadas *ex facto* para defraudar y que rápidamente desaparecen (117).

## 9. LA REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA

El artículo 305.1 al describir el tipo penal y fijar las penas termina señalando que la persona será castigada salvo que hubiere regularizado su situación tributaria conforme establece el apartado 4 del mismo artículo. Con la regularización tributaria lo que se pretende es el favorecimiento o promoción del pago voluntario (118).

Con la nueva regulación de la regularización tributaria hay quien ha entendido que el delito no se consuma hasta que no ha transcurrido el plazo para realizar la regularización, todo ello en consonancia con el preámbulo de la Ley 7/2012 que se refería a nueva configuración legal de la regularización tributaria *«como el reverso del delito que neutraliza completamente el desvalor de la conducta y el desvalor del resultado, se considera que la regularización de la situación tributaria hace desaparecer el injusto derivado del inicial incumplimiento de la obligación tributaria y así se refleja en la nueva redacción del tipo delictivo que anuda a ese retorno a la legalidad la desaparición del reproche penal»*. De esta redacción ambigua parece desprenderse que pasaba a ser un elemento del tipo en lugar de configurarse como una excusa absolutoria. En mi opinión, no es lógico hacer depender de un tercero la consumación del delito pues, como señalaba el Informe citado anteriormente, no se puede hacer depender la consumación de un acontecimiento futuro y ajeno a la conducta del sujeto infractor.

---

(117) Ver Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-por-la-que-se-modifica-la-Ley-Organica-10-1995--de-23-de-noviembre--del-Codigo-Penal-> (fecha consulta 24/06/2019)

(118) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 1688/2000 de 6 noviembre.



Además, esta concepción plantea problemas respecto a la prescripción, que se vería alargada.

La naturaleza de la regularización es discutida en la doctrina y jurisprudencia. Con anterioridad a la reforma estaba claro que era una excusa absolutoria, pero tras la reforma un sector doctrinal la entiende integrada en el tipo penal, como un elemento negativo del tipo. La jurisprudencia se ha pronunciado sobre esta cuestión en algunas sentencias como en la STS núm. 1146/2017 (119), donde se refiere a la regularización como un elemento negativo del tipo (120) que excluye la ilicitud penal y que da lugar a una especie de «atipicidad sobrevenida». Para Muñoz Conde (121), si se considera una causa de exclusión de la tipicidad puede servir para facilitar el acuerdo entre la inspección y el contribuyente, que preferirá pagar a arriesgarse a una condena penal. Si se considera un elemento del tipo, para Giménez García (122) si se produjera la regularización eficaz y dentro del período previsto por la Ley, no habría delito, ni causa para abrir una investigación judicial. Esta concepción plantea varios problemas, y es que si lo configuramos como un elemento del tipo ¿cómo encuadramos esto con la posibilidad de regularización una vez prescrita la deuda tributaria? Pues, esa posibilidad de regularizar la permite expresamente el tipo penal al señalar cómo «Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa». Esto significaría, para Ferré Olivé (123) que se estaría regularizando un delito ya consumado, lo que supondría admitir que un delito se puede consumir en periodos diferentes e inciertos. Además, afectaría a la prescripción como he señalado anteriormente. Para Escobar Jiménez (124) parece operar como una causa de justificación sobrevenida (125). Otros autores han continuado manteniendo que nos encontramos ante

---

(119) Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso. N.º de Resolución: 1146/2017

(120) En otras resoluciones, como la sentencia 746/2018 del Tribunal Supremo, de 13 de febrero, simplemente se refiere a su naturaleza controvertida a raíz de la modificación del tipo penal en 2012, antes era entendida como una excusa absolutoria.

(121) MUÑOZ CONDE (2019: 951).

(122) GIMÉNEZ GARCÍA (2013: 5).

(123) FERRÉ OLIVÉ (2018: 302).

(124) ESCOBAR JIMÉNEZ (2013: 7).

(125) No obstante, como señala FERRÉ OLIVÉ (2018: 297) no puede ser una causa de justificación porque afectan al injusto y deben de estar presentes en el momento de la consumación.

una excusa absoluta (126). Particularmente creo que la regularización tenía un mejor encuadre como excusa absoluta, interpretación que a pesar de lo señalado en el Preámbulo veo aún posible.

El artículo 305.4 CP se refiere a los requisitos que ha de tener la regularización. Los requisitos son el reconocimiento de la deuda tributaria, y el pago completo de dicha deuda, y todo esto sometido a un plazo temporal que actúa como causa de bloqueo, y tras el cual no será posible la regularización.

El primer requisito para poder regularizar es el completo reconocimiento de la deuda tributaria por parte del obligado tributario, y antes de que se produzcan las actuaciones que impedirían esta, y que establece la ley. Se trata con ello no solo de que se pague, sino que el sujeto obligado reconozca el desvalor de la acción. Esto supone que el sujeto debe de reconocer de forma expresa la deuda tributaria de forma veraz. Si no existe ese reconocimiento que exige el tipo penal no sería posible apreciar dicha regularización, pues el fundamento de la regularización no es otra cosa que la autodenuncia y la reparación.

En su día, la Consulta 4/1997 de la FGE, estudió si sus efectos (antes como excusa absoluta) podían aplicarse a terceros partícipes, cuando estos habían cooperado en la regularización. La opinión fue favorable, beneficiando a aquellos partícipes que con su conducta favorecían o inducían la regularización. Por el contrario, cuando el partícipe se había opuesto a la regularización no se podría estimar la regularización. Esta cuestión es en la actualidad menos relevante si se concibe la regularización como un elemento negativo del tipo penal. Lo que sí parece a tenor de la redacción actual es que solo el obligado tributario puede reconocer la deuda para que pueda aplicarse la regularización.

Respecto al pago, antes de la reforma se planteaban problemas a la hora de determinar si los pagos parciales o avales se admitían o no, en la actualidad el tipo penal es claro en cuanto exige el «completo» reconocimiento y pago. Esto supone, que se ha de pagar de forma íntegra para que pueda operar la regularización, y pagar completamente la deuda tributaria, lo que no admite –en mi opinión– aplazamientos, fraccionamientos... (127) Además, de admitirlos se plantearía el problema de que ocurre si se incumple con esos pagos

---

(126) ROSAL BLASCO (2013: 8), FERRÉ OLIVÉ (2018: 306), NIETO MARTÍN (2019: 340), o SIMÓN ACOSTA (2017: 8) para quien de considerarla de otro modo se haría depender la consumación del delito de su descubrimiento.

(127) Audiencia Provincial de Vizcaya Sentencia núm. 5/2019 de 15 enero.

fraccionados. No obstante, la LGT sí permite la posibilidad del pago fraccionado (128).

Es necesario hacer hincapié, que en la regularización ya no hablamos de cuota sino de deuda tributaria. El concepto de deuda tributaria, conforme al art 58 de la LGT es más amplio que el de cuota ya que engloba, además, intereses de demora (129), recargos por declaración extemporánea, recargos del período ejecutivo y otros recargos exigibles y que recaen sobre esas bases y cuotas. Las sanciones tributarias quedarían excluidas, a tenor del artículo, y no formarían parte de la deuda tributaria.

En la sentencia núm. 746/2018 (130) del TS, se resolvía un supuesto donde el representante de una empresa presentó la declaración del impuesto de sociedades omitiendo de forma consciente y con ánimo de defraudar unas cantidades en relación con un justiprecio recibido por una expropiación. Fue citado por la fiscalía como persona física, pero no como representante de la sociedad para responder por diferentes cuestiones entre las que se hacía referencia a un delito contra la Hacienda Pública. Esta citación se realizó en términos inespecíficos a juicio del recurrente, procediendo inmediatamente a regularizar. El Tribunal entendió que no se estaba ante una regularización espontánea que es lo que exige esta figura que es lo que justificaría esta suerte de perdón y que aunque la citación no sea totalmente precisa o detallada en todos sus aspectos –a veces porque aún no puede serlo– desde que el acusado es notificado se produce el bloqueo automático:

«El Código Penal quiere premiar la espontaneidad. Este principio inspirador es Herramienta exegética de primer orden para dar solución a problemas concretos de la regularización como el aquí planteado. Una regularización forzada por tomarse conciencia «oficial» de que ha sido detectada la defraudación no excluye la responsabilidad penal. La falta de espontaneidad se presume a través del establecimiento legislativo de diversas causas de bloqueo: a) notificación de actuaciones inspectoras por parte de la Administración; b) notificación de la interposición de querrela o denuncia por parte del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal

---

(128) Artículo 65 de la LGT

(129) Plantea Ros RAVENTÓS (2019: 7) el problema de las dilaciones no imputables al condenado en el procedimiento penal y como –a pesar de lo que recogen algunas sentencias como la del Tribunal Supremo como la núm. 810/2017 de 11 diciembre– lo lógico sería que dicha sanción decaiga cuando la mora no es imputable al condenado.

(130) Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) Sentencia núm. 746/2018 de 13 febrero.

de la Administración autonómica, foral o local que corresponda; y c) notificación de la iniciación de una investigación penal. Su denominador común es que desvelan al defraudador que su acción ilícita está siendo investigada y, por tanto, en vías de ser detectada».

Siguiendo con la argumentación la sentencia hace referencia a esas causas de bloqueo, centrándose en como la primera, la llevada a cabo por la administración tributaria (131) exige un requerimiento o notificación formal, el cual es obligatorio e imprescindible. Así, aunque tenga conocimiento por otro lado, si no ha sido requerido formalmente podrá regularizar. Esas labores han de ser de inspección, es decir las que establece la LGT en el Título III, cap. IV, artículo 145 a 159 y no cualquier otra (132).

Respecto a la segunda de las causas, exige que la regularización se lleve a cabo antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél. Esto exige que se realice una notificación fehaciente, aunque como señala la sentencia no exige una identificación precisa del impuesto detallado.

Por último, existe la posibilidad de regularizar antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. Esto se produce cuando es llamado a declarar como investigado. La notificación realizada al administrador de la sociedad supone también un bloqueo para esta, que no podrá ya regularizar, aunque no haya sido imputada formalmente en ese momento.

Otro tema de interés es que el tipo señala como la regularización impedirá que se persiga al obligado tributario por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación con la deuda tributaria objeto de regularización, hubiera podido cometer con carácter previo a la regularización.

El tipo penal, en su punto sexto, prevé la posibilidad de que transcurrido el plazo para regularizar, por existir ya una causa de bloqueo, pueda el obligado tributario o el autor del delito –distinción que ha hecho preguntarse a un sector doctrinal si nos encontramos ante un delito común– aun beneficiarse de una atenuación específica de la pena –inferior en uno o dos grados–, siempre que, antes de que trans-

---

(131) MUÑOZ CONDE (2019: 950) Se refiere a la regularización como un acto voluntario, no coaccionado, y espontáneo, lo que significa que el sujeto se ha de adelantar a la detección de fraude por parte de la autoridad.

(132) Vid. CHOCLÁN MONTALVO (2016: 327).

curran dos meses desde la citación judicial como imputado, proceda a pagar y reconocer los hechos judicialmente. Esta atenuación cualificada se va a aplicar igualmente a otros partícipes si llegan a colaborar de forma activa para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado tributario o de otros responsables del delito. Se trata por tanto de primar aquellas conductas que facultan la economía procesal y que sirven para el esclarecimiento del delito o la recuperación de los activos defraudados.

## 10. BIBLIOGRAFÍA

- AERENE BAYO, J., «La relevancia penal de los actos asesorados: 1. ¿Es indiferente para el autor de un delito fiscal que las operaciones tributarias hayan sido asesoradas por un tercero? 2. ¿En qué medida el asesor fiscal es partícipe del delito? 3. ¿En qué medida puede responder un administrador por un delito de administración desleal cuando la decisión tomada se basa en un informe emitido por un asesor externo?» Coordinador: Julián Sánchez Melgar, SEPIN, Encuesta Jurídica, diciembre 2017 SP/DOCT/23331.
- ALAMÁN, L., «El fraude de ley y la defraudación del artículo 305 del código penal: el caso Messi», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 922/2016, Aranzadi, 2016. BIB 2016\4877.
- BACIGALUPO SAGGESE, S., «La relevancia penal de los actos asesorados: 1. ¿Es indiferente para el autor de un delito fiscal que las operaciones tributarias hayan sido asesoradas por un tercero? 2. ¿En qué medida el asesor fiscal es partícipe del delito? 3. ¿En qué medida puede responder un administrador por un delito de administración desleal cuando la decisión tomada se basa en un informe emitido por un asesor externo?», Coordinador: Julián Sánchez Melgar, SEPIN, Encuesta Jurídica, diciembre 2017 SP/DOCT/23331.
- BUSTOS RUBIO, M., «La enésima reforma de los delitos contra la Hacienda Pública: los artículos 305,3 y 308 del Código Penal tras el cambio operado por LO 1/2019, de 20 de febrero», *La Ley Penal*, n.º 137, marzo-abril 2019.
- CALVO VÉRGEZ, J., «El alcance de la Norma UNE 19602 en el diseño de los futuros sistemas de gestión de compliance tributarios», en *Cuaderno Aranzadi Jurisprudencia Tributaria*, Aranzadi, 2019. BIB 2019\2207.
- CÁMARA ARROYO, S., *Delito corporativo y defraudaciones a la Seguridad Social. El sistema socioeconómico desde el prisma del Derecho penal y la Criminología*, Bustos Rubio/Rodríguez Almirón, Aranzadi, 2019.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. *La aplicación práctica del delito fiscal: Cuestiones y soluciones*, Bosch, 2016.

- DE LA MATA BARRANCO, N., «Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad social», en *Derecho penal económico y de la empresa*, De la Mata Barranco/Dopico Gómez-Aller/Lascurain Sánchez/Nieto Martín, Dykinson, 2018.
- DE ROS RAVENTÓS, I., «Sobre los intereses de demora en el delito fiscal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2019, BIB 2019\9590.
- ECHAVARRÍA RAMÍREZ, R., «Consideraciones sobre el bien jurídico penalmente protegido por el delito de defraudación tributaria del art. 305 C.P. español», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2014) <http://criminet.ugr.es/recpc>
- ESCOBAR JIMÉNEZ, R., «Tras la reforma del art. 305 CP por la LO 7/2012, la “regularización” en el delito fiscal, ¿sigue siendo una excusa absolutoria o ahora es un elemento negativo imprescindible para la comisión del tipo delictivo? ¿Qué consecuencias prácticas tendría para la prescripción del delito, o su relación con el ulterior blanqueo de capitales?», Sepin, Encuesta Jurídica, marzo 2013. SP/DOCT/17063.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «Algunas cuestiones sobre el tipo básico y la conducta defraudatoria exigida en el delito fiscal», *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 51/2018 parte Jurisprudencia, 2018, BIB 2018\11481.
- FERRÉ OLIVÉ, J., *Tratado de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad social*, Tirant lo Blanch, 2018.
- FITOR MIRÓ, J., *Delito Fiscal. Un Análisis Criminológico*, Tirant lo Blanch, 2018.
- GARCÍA DÍEZ, C., «El delito contra la Hacienda Pública (I). El delito fiscal (tipo general y tipos agravados)», pp. 251-337, en *Delincuencia Económica*, Fernández Bermejo, D./ Mallada Fernández, C., Thomson Reuters. Aranzadi, 2018.
- GARCÍA NOVOA, C/ CABALLERO PERDOMO, R. «El Compliance tributario, la relación cooperativa y las nuevas relaciones fiscales. Su implantación en España y en América Latina». *Revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales* núm. 12/2019, Aranzadi, 2019.
- GIMÉNEZ GARCÍA, J., «Tras la reforma del art. 305 CP por la LO 7/2012, la “regularización” en el delito fiscal, ¿sigue siendo una excusa absolutoria o ahora es un elemento negativo imprescindible para la comisión del tipo delictivo? ¿Qué consecuencias prácticas tendría para la prescripción del delito, o su relación con el ulterior blanqueo de capitales?» SEPIN, Encuesta Jurídica, marzo 2013. SP/DOCT/17063.
- MACÍAS ESPEJO, B., *Responsabilidad (penal) de la persona jurídica. Estudio comparado entre España e Italia: más similitudes que diferencias. Estudios jurídico-penales y criminológicos*, Directores Suárez López/Barquín Sanz/Benítez Ortuzar/Jiménez Díaz/Sainz-Cantero Caparrós, Dykinson 2018.
- MORENO VERDEJO, J. «La relevancia penal de los actos asesorados: 1. ¿Es indiferente para el autor de un delito fiscal que las operaciones tributarias hayan sido asesoradas por un tercero? 2. ¿En qué medida el asesor fiscal es partícipe del delito? 3. ¿En qué medida puede responder un administrador por un delito de administración desleal cuando la decisión tomada se basa en un informe emitido por un asesor externo?» Coordinador: Julián

- Sánchez Melgar, SEPIN, Encuesta Jurídica. Diciembre 2017 SP/DOCT/23331.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 2019.
- NIETO MARTÍN, A., «Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social», en *Nociones fundamentales de Derecho Penal*, Directora Gómez Rivero, M., Tecnos, 2019.
- PÉREZ-BUSTAMANTE YABAR, D., *El delito de defraudación tributaria y su interrelación con las distintas disciplinas jurídicas*, Aranzadi, 2020. BIB 2020\7920.
- RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J. (2017), «Aspectos jurídicos controvertidos en los delitos contra la Hacienda Pública», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 5/2017, 161-174.
- ROSAL BLASCO, B., «Tras la reforma del art. 305 CP por la LO 7/2012, la «regularización» en el delito fiscal, ¿sigue siendo una excusa absolutoria o ahora es un elemento negativo imprescindible para la comisión del tipo delictivo? ¿Qué consecuencias prácticas tendría para la prescripción del delito, o su relación con el ulterior blanqueo de capitales?» SEPIN, Encuesta Jurídica, marzo 2013. SP/DOCT/17063.
- SIMÓN ACOSTA, E., «Delitos contra la Hacienda Pública», en *Lo esencial de Derecho Financiero y Tributario. Parte general*. BIB 2016\10159 Manuales Universitarios, Aranzadi, 2017.
- TORRES CADAVID, N., *La Responsabilidad Penal del Asesor Fiscal. Problemas de autoría y participación en el delito de defraudación tributaria*, Tirant lo Blanch, 2019.

# Hacia un nuevo concepto de reinserción (1)

PUERTO SOLAR CALVO  
Jurista de Instituciones Penitenciarias  
Doctora en Derecho

## RESUMEN

*Podemos decir que la privación de libertad como pena y la prisión como institución que ejecuta la misma, se encuentran en una crisis permanente. Ambas han sido cuestionadas desde sus inicios. Podemos decir que algo similar sucede con el concepto de reinserción social. Ligada a la prevención especial, parece que ha de ser la finalidad principal de la pena, pero también parece que no acabamos de creernos ni su contenido, ni mucho menos que el mismo sea real. Esto es, que la privación de libertad pueda efectivamente llevar a la reinserción del condenado en la sociedad. Por ello, dedicamos estas páginas a repasar el concepto en sí, la manera concreta en que está regulado en nuestro ordenamiento, para luego plantearnos si caben nuevos contenidos para el mismo. Esto último al hilo de resoluciones recientes e innovadoras.*

Palabras clave: *Reinserción, derecho subjetivo, Caso Vinter, Resocialización, Sujeción especial.*

## ABSTRACT

*It could be said that deprivation of freedom as punishment and prison as institution for its execution, have been constantly questioned. It could be also said that something similar happens to the concept of resocialization. Closely related to special prevention, it seems it has to be the main aim of the punishment, but it also seems*

---

(1) Este artículo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D+i «La ejecución de las penas por delitos de terrorismo» (RTI2018-095375-B-100) financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España.



*that we, as society, believe neither in its meaning, nor in its possible realization. It is the paradox that deprivation of freedom can really help to the return of the prisoner in society. That is why we ask ourselves about the meaning of resocialization and some of its new contents, studying some relevant case law related to it.*

Key words: *Reintegration, inmate's rights, Vinter Case, Resocialization, special relation.*

SUMARIO: 1. La reinserción social en nuestro ordenamiento. –2. El concepto de reinserción social bajo la perspectiva del *Caso Vinter*. 2.1 Doctrina *Vinter* y Prisión Permanente Revisable. –3. Reinserción social y resocialización ¿son lo mismo? 3.1.– ¿Es posible la resocialización de quien está en primer grado? –4. El artículo 25.2 CE como potenciador de derechos. 4.1 Antecedentes de la STC de 27 de enero de 2020. 4.2 El ejercicio de derechos fundamentales como parámetro rehabilitador. –5. Conclusiones. –6. Bibliografía.

## 1. LA REINSECCIÓN SOCIAL EN NUESTRO ORDENAMIENTO

A partir del siglo XVIII (2), con la difusión de las ideas de la Ilustración, que en materia penal tuvo en la obra de César Beccaria (3) su expresión más destacada, se produce un cambio cualitativo en la manera de entender la pena y en su concreta configuración. En esta época es cuando se formulan, como límites al poder punitivo del Estado, determinados principios penales que se consideran actualmente básicos e indiscutibles, contribuyendo a establecer el Derecho Penal y la ciencia que lo estudia desde unas premisas humanitarias de

---

(2) Analiza la influencia del movimiento reformador ilustrado en esta evolución, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 90-92, que destaca como logros específicos del mismo: el origen de una corriente humanista entre la opinión pública y los gobiernos, la normativización de la ejecución de la pena y la restricción de los castigos corporales o los instrumentos de terror. Igualmente, TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., SAPENA GRAU, F. (Coords.), *Curso de Derecho penitenciario*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 30-31; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., *Derecho Penitenciario*, 3.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2016, pp. 345-347; 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, pp. 42-44.

(3) BECCARIA, C., *De los Delitos y las Penas*, Alianza Editorial, Madrid, 2004.

las que hasta entonces había carecido. Entre ellos se encuentran los principios de legalidad, de proporcionalidad entre pena y delito cometido o de presunción de inocencia, pero también, muy especialmente, la proscripción de las penas crueles e inhumanas, hasta entonces tan comunes.

Al mismo tiempo y en relación con ello se pasa a asignar a la pena misiones diferentes a las de la mera venganza personal (4). Aparecen así las *teorías absolutas de la pena*, de corte retributivo y origen kantiano, que defienden un castigo que carece de toda finalidad que no sea la de responder al hecho criminal cometido (5). Frente a ellas, las *teorías relativas* pretenden de partida una funcionalidad penal, una finalidad de la pena que necesariamente va más allá de la simple represión del hecho cometido y el restablecimiento del Orden Jurídico atacado. Ello desde dos visiones diferentes y contrapuestas: la *preven-*

---

(4) Acerca de dichas teorías, MUÑOZ CONDE, F., «Culpabilidad y Prevención General», en *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, UAB, 1982, pp. 161 y ss.; GARCÍA VALDÉS, C., *Teoría de la pena*, Tecnos, Madrid, 1987; LUZÓN PEÑA, D. M., «Alcance y función del Derecho Penal», *ADPCP*, t. 42, n. 1, 1989, pp. 38-53; MIR PUIG, S., «Problemática de la pena y seguridad ciudadana», en *El Derecho Penal en Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 115 y ss.; LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito.*, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 2005; MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 57-72 (de este mismo autor puede consultarse también más específicamente «Los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad», *I Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1983, pp. 13 y ss); y CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 49-51. PEÑARANDA RAMOS, E., «La pena: Nociones generales», en LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 255-288, ofrece una amplia perspectiva de las diferentes teorías de la pena, y la necesaria y lógica tendencia hacia su combinación. De la literatura extranjera han tenido una especial influencia ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, traducción de Luzón Peña, D. M., Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, Reus, Madrid, 1976; y HASSEMER, W., «Fines de la Pena en el Derecho Penal de orientación científico-social», en MIR PUIG, S., *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, UAB, 1982, pp. 117 y ss. Interesante por su relación con los derechos de los internos, es la exposición de VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 128-144.

(5) De acuerdo con la separación absoluta entre medios y fines defendida por KANT: «La pena judicial (*poena forensis*), distinta de la pena natural (*poena naturalis*), por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo porque ha delinquido; porque el hombre no puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real: frente a esto le protege su personalidad innata (...)». KANT, I., *La Metafísica de las Costumbres*, con un estudio preliminar de Cortina Orts, A., traducción y notas junto a Conill Sancho, J., Tecnos, 1989, p. 331.

*ción general*, especialmente defendida por Feuerbach y Bentham, y la *prevención especial*, entre cuyos exponentes destaca Von Liszt, y cuya principal diferencia es que la función preventiva de la pena se dirige a la sociedad en su conjunto o al propio condenado. Y ambas, tanto desde una perspectiva negativa como positiva, según que se parta del temor que la pena puede infundir o de la capacidad de integración o de rehabilitación que puede cumplir.

Teniendo en cuenta lo anterior, la primera e importante diferencia entre nuestro sistema penitenciario y otros anteriores y contemporáneos al mismo (6), consiste en que en nuestro contexto nacional es la propia CE la que asigna a la pena privativa de libertad, y por ende a su sistema de ejecución, una finalidad resocializadora que encaja en la tradición *preventivo-especial* de la pena (7). Según el art. 25.2 CE:

«Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresa-

---

(6) Se exponen los diferentes sistemas penitenciarios en SOLAR CALVO, P., *El sistema penitenciario en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales*, Colección de Derecho Penal y Procesal Penal, AEBOE, 2019, pp. 45-51. Igualmente, abordan con diferente grado de detalle la historia de los sistemas penitenciarios: GONZÁLEZ PLACENCIA, L., *La experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo, Aportes, Expectativas*, CNDH, México, 1995; TÉLLEZ AGUILERA, A., *Los Sistemas Penitenciarios y sus Prisiones: Derecho y Realidad*, Edisofer, Madrid, 1998; TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 35-42; MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 92-95; VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., 2013, pp. 32-36; CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 84-86; GRACIA MARTÍN, L., ALASTUEY DOBÓN, C., «La ejecución de las penas privativas de libertad (Derecho Penitenciario)», en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.), *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 38-40. Por su puesta en relación con nuestro sistema penitenciario, destacan las exposiciones de LEGANÉS GÓMEZ, S., *Evolución de la clasificación penitenciaria*, Premio Nacional Victoria Kent, 2004; Ministerio del Interior, Madrid, 2005, pp. 25-30; y FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., 2016, pp. 347-363. Un análisis de mayor profundidad se encuentra en LÓPEZ MELERO, M., «Evolución de los sistemas penitenciarios y de la ejecución penal», *Anuario de la Facultad de Derecho*, n. 5, 2012, pp. 401-448.

(7) Sobre la importancia de esta constitucionalización, ANDRÉS LASO, A., 2016, pp. 116-119. Exponen la discusión doctrinal en cuanto al contenido de los términos que el art. 25.2 CE emplea –reeducación y la reinserción– y su relación con el fin que se pretende asignar a la pena, MUÑOZ CONDE, F., «La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito», *Libro Homenaje a Antón Oneca*, Universidad de Salamanca, 1982; bajo el mismo título en *CPC*, n. 7, 1979, pp. 95 y ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *El trabajo penitenciario resocializador*, Caja de ahorros provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1982.

mente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria».

De este modo, indirectamente, se dota de carácter constitucional a la negación del sistema penitenciario desde dentro del mismo. Las alternativas internas a la privación de libertad con las que nuestro sistema penitenciario cuenta –principalmente, permisos ordinarios, tercer grado y libertad condicional– se convierten así en la incongruencia necesaria para resolver la paradoja de la que la CE parte: pretender la reincorporación a la sociedad desde una institución cerrada. El sistema se sirve de las mismas para incorporar al condenado al medio social de manera paulatina, minimizando los efectos desocializadores que la ejecución de la pena de prisión supone. En la práctica, esto se manifiesta mediante una doble vía.

Por un lado, se aúnan la perspectiva positiva y negativa de la teoría preventivo – especial de la pena, dando contenido tratamental a la ejecución de la condena. Desde el punto de vista de la prevención positiva, se trabajan aquellos condicionantes criminógenos que pudieran concurrir en el interno e influyentes en la propia etiología del fenómeno delictivo. Desde el enfoque negativo, se juega con la amenaza que supone que el tiempo de condena se transforme en tiempo de cumplimiento íntegro en prisión, eliminando la posibilidad de salidas periódicas de permiso ordinario y acceso a mayores cotas de libertad, si el interno no avanza en su tratamiento.

Por otro lado, en estrecha vinculación con esto último y como medio básico para ello, el sistema de individualización se plasma en instrumentos jurídicos que permiten el acortamiento de los tiempos en prisión. Teniendo en cuenta la incongruencia que supone la preparación a la vida normalizada en libertad desde la privación de ésta, la LOGP articula un sistema penitenciario que se niega a sí mismo, ofreciendo a los internos la posibilidad de reducir los tiempos de cumplimiento efectivo, si la evolución tratamental es la adecuada, esto es, si los propósitos de la prevención especial positiva se cumplen efectivamente. Es lo que denominamos trayectoria de reinserción, compuesta principalmente por los anteriormente referidos permisos ordinarios, el tercer grado y la libertad condicional.

No obstante, la constitucionalización que la prevención especial como finalidad penitenciaria tiene se ha sometido a una interpretación limitada (8). A pesar de lo que pudiera inferirse de una primera lectura

---

(8) Con esta referencia al carácter limitado de la constitucionalización de dicho principio se trata de expresar las restricciones que conlleva la interpretación que el TC mantiene sobre el art. 25.2 CE reiteradamente señaladas por la Doctrina. Entre

del precepto, el TC niega tanto que la reinserción social sea un derecho fundamental de los condenados como que sea la única finalidad de la pena (9). Así, ha declarado lo siguiente:

«El citado precepto constitucional (art. 25.2) no establece que la reeducación y reinserción social sea la única finalidad legítima de la pena de privación de libertad, y, en todo caso, supone un mandato del constituyente al legislador para la orientación de la política penal y penitenciaria del que no se deriva derecho subjetivo, y menos aún de carácter fundamental susceptible de amparo» (10).

Derivado de lo anterior, la concesión de los hitos penitenciarios que sirven a la resocialización –permisos, tercer grado y libertad condicional–, no constituye tampoco en la interpretación del TC, derecho subjetivo alguno del interno implicado. En concreto:

«Si bien deben quedar informados por las finalidades constitucionales de reeducación y reinserción social, éstas no gozan de exclusividad para orientar cualquier decisión relativa a la vida penitenciaria, ni, en particular, para fundamentar la autorización o denegación de los permisos de salida, la libertad condicional o la suspensión de la ejecución de la pena» (11).

---

otros, se pronuncian en este sentido GALLEGO DÍAZ, M., «Tratamiento penitenciario y voluntariedad», *REP*, n. extra, *in memoriam* Profesor Francisco Bueno Arús, 2013, p. 100: «El ordenamiento penitenciario español se adscribe decididamente, aunque con las cautelas introducidas por el Tribunal Constitucional, al modelo rehabilitador, consecuencia de la opción adoptada en la Constitución Española (art. 25.2) sobre la finalidad de la pena». Igualmente, RACIONERO CARMONA, F., *Derecho penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 245; TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 44-48, quienes resumen las matizaciones interpretativas que el TC introduce.

(9) Sobre la discusión jurisprudencial y los fundamentos de la misma, FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «El fin constitucional de la reeducación y la reinserción social: ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?», *ADPCP*, t. 67, 2014, pp. 384-398; MONTERO HERNANZ, T., «El tratamiento penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Coord.), *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 179-181; PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho Penal III», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., 2015, pp. 151-155; BENÍTEZ YÉBENES, J. R., 2017, pp. 107-108 y 209-210.

(10) SSTC 2/1987, de 21 de enero; 19/1988, de 16 de febrero; 28/1988, de 23 de febrero; 72/1994, de 3 de marzo; 55/1996, de 28 de marzo; 112/1996, de 24 de junio; 75/1998, de 31 de marzo; 120/2000, de 10 de mayo; 167/2003, de 29 de septiembre; 2/2006, de 16 de enero; 196/2006, de 3 de julio, entre otras.

(11) Jurisprudencia consolidada en las SSTC 112/1996, de 24 de junio; 79/1998, de 1 de abril; 25/2000, de 31 de enero; 222/2007, de 8 de octubre. Así lo interpreta también el TEDH en su reciente sentencia de 22.01.13, disponible en *Jurisprudencia Penitenciaria 2013*, SG.II.PP., Madrid, 2014, pp. 505-525.

A partir de esta interpretación, Luzón Peña, Mapelli Caffarena y Leganés Gómez consideran que nuestro ordenamiento asume las *teorías unitarias de la pena* de Roxin. De modo que sus diferentes finalidades se relacionan con cada una de las fases de conminación, enjuiciamiento y ejecución, estando en esta última fase muy presente la *prevención especial*, pero sin que ello suponga la negación de los restantes fines de la pena (12). Si bien esta opción del TC se acepta como admisible dentro de las diferentes posibilidades interpretativas que el art. 25.2 CE ofrece, teniendo en cuenta la crisis del ideal rehabilitador y las teorías de la pena más modernas, la doctrina se muestra más beligerante en lo que se refiere a la consideración de la reinserción como un mandato al legislador no perteneciente al catálogo de derechos subjetivos susceptibles de amparo (13).

Mapelli Caffarena, a pesar de que reconoce una relación entre la reeducación y la reinserción y los principios rectores de la política social y económica, esgrime que la ubicación del art. 25.2 CE en el Capítulo II de ésta obedece a una intención expresa del Constituyente de elevarlo a la categoría de derecho fundamental del recluso. Sostiene, además, que «si se niega a lo expresado en el artículo 25.2 CE la condición de derecho fundamental, lejos de ser un elemento de dinamización se convierte

---

(12) LUZÓN PEÑA, D. M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Universidad Complutense de Madrid, 1979, p. 47; MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 133; Igualmente, 2011, pp. 75 y 76; LEGANÉS GÓMEZ, S., 2005, p. 46; Sobre la teoría ecléctica de Roxin, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.<sup>a</sup> ed., Reppertor, Barcelona, 2016, pp. 50-54. Por su parte, TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 45, quienes apuntan como posible motivo para ello el que «la optimista declaración constitucional aparece precisamente en el momento en que el pensamiento de la resocialización del delincuente comienza a entrar en crisis».

(13) Además de los autores que a continuación destacamos, consideran que se trata de un derecho subjetivo de los internos, GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, 2.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 1982, p. 195; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *La supuesta función resocializadora del Derecho penal*, Estudios Penales, Barcelona, 1984, p. 93; TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 47; COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., «Derechos fundamentales del condenado», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. III, Edersa, Madrid, 1996, p. 222; SEGOVIA BERNABÉ, J. L., «En torno a la reinserción social y a otras cuestiones penales y penitenciarias», *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica*, n. 1, 2006. Al hilo del análisis de la jurisprudencia constitucional sobre la concesión de permisos ordinarios, CID MOLINÉ, J., «Derecho a la reinserción social (consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos)», en *Jueces para la democracia*, n. 23, Madrid, 1998, pp. 36-49.

en una mera declaración de buena voluntad elevada a rango constitucional, se degrada de utopía jurídica a absurdo jurídico» (14).

En esta misma línea, a raíz de la evolución que el concepto de tratamiento experimenta entre la LOGP y el RP que luego analizamos, Bueno Arús ha apuntado que:

«Finalmente, sólo falta, en mi opinión, para poder inaugurar una nueva época en nuestro ordenamiento en relación con el concepto todavía sin larga tradición del tratamiento penitenciario y de la finalidad preventivo-especial positiva de la pena, que el Tribunal Constitucional enmiende su equivocada doctrina de negar la existencia de un derecho fundamental a la reeducación y la reinserción social, manteniendo cerrados los ojos ante la ubicación concreta del art.25 en el conjunto del texto y la sistemática de la Constitución española de 1978» (15).

Destaca también en esta dirección la postura de Téllez Aguilera que vincula el necesario reconocimiento del derecho de los internos a la reinserción con dos mejoras penitenciarias: el desarrollo de un tratamiento serio, completo y adaptado a las necesidades de cada interno, y la configuración de la relación jurídica de éstos con la Administración de una manera más equilibrada, alejada de la orientación burocrática que la caracteriza. En concreto:

«Reconocer la existencia de un auténtico derecho a la reinserción social del delincuente, sin miedos infundados ni ambages, se torna una asignatura pendiente, que una vez superada permitiría concebirlo como un sujeto activo que exige la realización de sus derechos y no un mero sujeto pasivo de la bondad y misericordia de la Administración. Como es bien sabido, el Tribunal Constitucional, en reiteradas ocasiones, ha entendido que el art. 25.2 no contiene un derecho fundamental, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos, y, por tanto, sin desconocer la importancia que tal principio supone, este precepto no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación. Sin embargo, creemos que con ello nuestro Alto Tribunal ha realizado una devaluación del art. 25.2, el cual, dada su ubicación sistemática, viene a consagrar un auténtico derecho a la reinserción social y no un mero principio programático que hubiera tenido cabida en otro capítulo (el III) del Título I de la Constitución».

---

(14) MAPELLI CAFFARENA, B., 1983, p. 165; «El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional», en RIVERA BEIRAS, I (Coord.), *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales: Jornadas Penitenciarias*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 24.

(15) BUENO ARÚS, F., «Novedades en el concepto de tratamiento penitenciario», *REP*, n. 252, 2006, p. 34.

Siguiendo su razonamiento, negar a la reinserción la categoría jurídica de derecho fundamental, se ha debido al miedo del TC frente a la exigencias de excarcelación que pudieran presentarse por parte de internos reinsertados al inicio o durante el cumplimiento de la condena; miedo derivado a su vez, de una confusión de base entre dicha configuración y los diversos fines de la pena que la CE sin lugar a dudas recoge. Así:

«El temor del Tribunal Constitucional a que la consagración de la reinserción como derecho fundamental propiciara la petición de no cumplimiento de la pena privativa de libertad de aquellos penados que en el momento de tener que ingresar en prisión ya se encontrasen reinsertados en la sociedad, o de quienes estando en prisión la alcanzasen, es fruto de la confusión entre los fines de la pena, por una parte, y los derechos que el condenado tiene, por otra, los cuales, según la propia letra del precepto, le son reconocidos en cuanto “estuviere cumpliendo la misma”, y en plena compatibilidad con los fines retributivos y preventivo-generales» (16).

En este sentido cabe entender, como señala Peñaranda Ramos, que el art. 25.1 CE asume una concepción mixta de la pena, sin que ello signifique necesariamente la negación del derecho a la reinserción (17). Esto es, el reconocimiento del derecho subjetivo de los internos a la reinserción no impediría que la pena tuviera otras finalidades más allá de la prevención especial.

Con independencia de lo anterior, es importante resaltar para efectuar una correcta valoración de algunas de las modificaciones penales que desde 2003 se vienen produciendo, que tanto el TC como la doctrina coinciden en que la reinserción y el mandato que conlleva para el legislador constituyen un parámetro a tener en cuenta para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes penales. De modo que, aunque la reinserción no fuese un derecho subjetivo y se hayan asumido otros fines de la pena junto con la prevención

---

(16) TÉLLEZ AGUILERA, A., «Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español», *ADPCP*, t. 52, 1999, p. 334. Igualmente, en *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Edisofer, Madrid, 1998, pp. 36-37.

(17) PEÑARANDA RAMOS, E., «La pena: Nociones generales», en LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., 2015, pp. 288-291.



especial, la pena privativa de libertad siempre tendrá que permitir la reinserción del condenado (18). En palabras del TC:

«Una norma que impidiera de modo radical tal posibilidad de resocialización sí resultaría contraria al art. 25.2 CE» (19).

Finalmente, además de reclamar su consideración como derecho subjetivo, lo cierto es que la complejidad que supone definir la reinserción social y la resocialización como conceptos, motivan que nos preguntemos sobre ello, sobre una posible evolución de su contenido. En este sentido, Mapelli Caffarena expone la problemática del concepto –dificultades para su aplicación práctica y utilización como instrumento de manipulación conductual–, para abogar por un tipo de resocialización orientado a la humanización del cumplimiento de la pena privativa de libertad como fin último de la misma (20), desde una perspectiva actualizada y realista (21).

Las siguientes páginas indagan en este asunto. Algunas resoluciones recientes nos ayudan en esta tarea y nos aportan ideas para entender qué es la resocialización, las tareas que encomienda al ejecutor de la ley penal y hacía dónde podría encaminarse con cierta lógica su contenido (22).

---

(18) LÓPEZ MELERO, M. «Cuestiones sobre Régimen y Tratamiento», *ADPCP*, t. 67, 2014, p. 347; «El art. 25.2 CE como pauta de interpretación de los derechos fundamentales de los internos», *REP*, n. extra, *in memoriam* Profesor Francisco Bueno Arús, *REP*, 2013, p. 163; TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 48.

(19) STC 160/2012, de 20 de septiembre.

(20) MAPELLI CAFFARENA, B., *La resocialización penitenciaria*, dirigida por MUÑOZ CONDE, F., Universidad de Cádiz, 1982. Del mismo autor, en su obra de 1983, pp. 150 y ss.

(21) MAPELLI CAFFARENA, B., 2011, pp. 172-176. Por su parte, CERVELLÓ DONDERIS, 2016, pp. 27-31, expone las deficiencias de su puesta en práctica y su evolución conceptual en relación a la interpretación que el TC ha hecho del art. 25.2 CE y el propio cambio del contenido de tratamiento; de la misma autora, de manera específica, «El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social», *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, 2005, pp. 217-233.

(22) También profundizan en el concepto, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «Funciones y fines de las instituciones penitenciarias», en COBO DEL ROSAL, M., (Dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (Coord.), *Comentarios a la Legislación Penal*, t. VI, vol. I, Edersa, Madrid, 1986, pp. 28 y ss.; BUENO ARÚS, F., «La resocialización del delincuente adulto normal desde la perspectiva del derecho penitenciario», *Actualidad Penal*, n. 5, 1987, pp. 233 y ss.; GARCÍA GARCÍA, J., «Tratamiento penitenciario», en CLEMENTE DÍAZ, M. y SANCHA MATA, V., *Psicología social y penitenciaria*, Escuela de Estudios Penitenciarios, Madrid, 1989; CID MOLINÉ, J., *Jueces para la democracia*, 1998, pp. 38-39; TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, pp. 48-52; ARANDA CARBONEL, M. J., *Reeducación y Reinserción Social*, tesis doc-

## 2. EL CONCEPTO DE REINSERCIÓN SOCIAL BAJO LA PERSPECTIVA DEL CASO VINTER

Como primera resolución relevante en la construcción de ese concepto de reinserción social, destacamos la postura del TEDDHH y la doctrina alemana en la que principalmente se inspira (23).

En cuanto al Tribunal Constitucional alemán, a partir de su Sentencia de 21 de junio de 1977, exige para el condenado una oportunidad «concreta y fundamentalmente realizable de recuperar la libertad» (24), 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 concreto:

«El tribunal determinó que el Estado no podía convertir al delincuente en un mero objeto de la prevención del delito en detrimento de su derecho constitucional al reconocimiento social. El respeto a la dignidad humana y al estado de derecho significaban que la humanidad de la ejecución de una pena a cadena perpetua era solamente posible cuando se le hubiese permitido al condenado una concreta, realista y asequible oportunidad de recuperar su libertad en algún momento de su vida; el Estado afectaría al verdadero núcleo de la dignidad humana si despojase al recluso de toda esperanza de recobrar su libertad».

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:

---

toral dirigida por BUENO ARÚS, F, CEREZO MIR, J., UNED, 2005 y publicada posteriormente bajo el título *Reeducación y reinserción social, tratamiento penitenciario, análisis teórico y aproximación práctica*, Accésit Premio Nacional Victoria Kent 2006, Ministerio del Interior, Madrid, 2009; LÓPEZ MELERO, M., *REP*, 2013, pp. 150-159; «Aplicación de la pena privativa de libertad como principio resocializador: la reeducación y la reinserción social de los reclusos», *ADPCP*, t. 65, 2012, pp. 253-304.

(23) 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. Del mismo autor, «Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿Derecho a la esperanza? Con especial consideración del terrorismo y del TEDH», *RECPC*, n. 17, 2015.

(24) 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. 86.

«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» (25).

Atendiendo al propio texto de la resolución en el caso destacado, son numerosos los argumentos que se aportan en esta misma línea:

«En este sentido, el Tribunal enfatizaría que no se plantearía ninguna cuestión desde el punto de vista del artículo 3 si, por ejemplo, un recluso condenado a cadena perpetua tuviera el derecho, de acuerdo con el derecho nacional, a que se considerase su puesta en libertad pero esta fuera desestimada sobre la base de que continúa siendo un peligro para la sociedad. Esto es así porque, en primer lugar, los Estados tienen la obligación, de conformidad con el Convenio, de tomar medidas para proteger a sus ciudadanos ante los delitos violentos y, en segundo lugar, porque el Convenio no prohíbe a los Estados que impongan a un condenado por un delito grave una pena de prisión de duración indeterminada y lo mantengan en prisión mientras sea necesario para la protección de la sociedad».

Sin embargo y a la vez, «para que una pena a cadena perpetua sea compatible con el artículo 3, deben existir tanto la expectativa de ser puesto en libertad como la posibilidad de revisión de la pena (...) En consecuencia, cuando una pena a cadena perpetua es considerada una pena adecuada en el momento de su imposición, con el transcurso del tiempo puede convertirse en una pobre garantía de una pena justa y proporcionada (...)».

En relación con la resolución alemana antes expuesta, «en este contexto, tal y como el Tribunal Constitucional Federal reconoció en el caso sobre la *Cadena Perpetua*, sería contrario a la disposición de la Ley Fundamental que prevé la dignidad humana que el Estado prive a una persona por la fuerza de su libertad sin que le dé oportunidad, en algún momento, de recuperarla. Esta conclusión llevó al Tribunal Constitucional Alemán a afirmar que las autoridades penitenciarias tenían el deber de esforzarse en lograr la rehabilitación del recluso y que la rehabilitación de la pena era una exigencia constitucional necesaria en cualquier sociedad que tuviera la dignidad humana como elemento central (...)».

Y de nuevo, como postura del TEDH, «el Tribunal ha tenido ocasión previamente de señalar que, si bien la retribución es una de las posibles finalidades de una pena de prisión, la tendencia de la política criminal europea en estos momentos es centrarse en la finalidad rehabilitadora de la pena de prisión, en especial, en relación con la terminación de una pena de prisión de larga duración (...) la finalidad de la pena de rehabilitar a los reclusos es plenamente aplicable a los condenados a cadena perpetua; y en segundo lugar, que en el caso de

---

(25) 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.

rehabilitarse, los condenados a cadena perpetua deben gozar de la posibilidad de obtener la libertad condicional (...) Además, en casos en los que la pena, en el momento de su imposición, es irredimible, sería irrazonable esperar que el recluso trabajara para obtener su rehabilitación sin que este supiera si, en una fecha futura e indeterminada, se introducirá un mecanismo de revisión que le permitiría, sobre la base de su rehabilitación, obtener la libertad. Una persona condenada a cadena perpetua tiene el derecho a conocer, desde el primer momento en el que la pena se impone, lo que tiene que hacer y bajo qué condiciones para poder obtener la libertad, incluyéndose el momento en el que la revisión de su condena tendrá lugar o puede esperarse que se produzca».

Como vemos, el reclamado reconocimiento interno de la reinserción social del art. 25.2 CE como derecho subjetivo de los condenados a privación de libertad, casa perfectamente con la doctrina expuesta y el deber de las autoridades penitenciarias en «esforzarse para lograr la rehabilitación del recluso y que la rehabilitación de la pena era una exigencia constitucional necesaria en cualquier sociedad que tuviera la dignidad humana como elemento central».

Pero a la vez, la toma en consideración de esta doctrina en la formulación del concepto de reinserción, nos serviría para valorar la adecuación de la prisión permanente revisable en los términos recogidos por el TEDH al art. 25.2 CE.

## 2.1 Doctrina Vinter y Prisión Permanente Revisable

De acuerdo con la STEDH en el *Caso Vinter*, el fracaso del proceso rehabilitador llevado a cabo puede justificar una prolongación de la ejecución de la cadena perpetua —«el Tribunal enfatizaría que no se plantearía ninguna cuestión desde el punto de vista del artículo 3 si, por ejemplo, un recluso condenado a cadena perpetua tuviera el derecho, de acuerdo con el derecho nacional, a que se considerase su puesta en libertad pero esta fuera desestimada sobre la base de que continúa siendo un peligro para la sociedad»—. Esto siempre que se ofrezca al condenado a esta pena una posibilidad cierta de la posibilidad de revisar dicha condena —«para que una pena a cadena perpetua sea compatible con el artículo 3, deben existir tanto la expectativa de ser puesto en libertad como la posibilidad de revisión de la pena»—.

En base a estas dos afirmaciones, el legislador de 2015 consideró la prisión permanente revisable compatible con el art. 25.2 CE, al prever la revisión de la condena impuesta mediante la concesión de la libertad condicional. Sin embargo, creemos que una lectura del pre-

cepto constitucional en los términos de la STEDH lleva necesariamente a la conclusión contraria (26).

En este sentido, no podemos entender que con la redacción actual del art. 92 CP el legislador haya creado un instrumento eficaz que tenga por finalidad la efectiva excarcelación del condenado a prisión permanente revisable (27).

La revisión de la cadena perpetua depende de un juicio pronóstico de reinserción social que, aún 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 (28). De acuerdo con el referido precepto:

«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 medi-

---

(26) Además de esta perspectiva basada en el concepto del derecho a la reinserción, se aportan otros fundamentos en contra de la constitucionalidad de la prisión permanente revisable en SOLAR CALVO, P., 2019, pp. 353 y ss. De manera más concreta, «¿Es el tratamiento penitenciario voluntario? Valoración de la cuestión a la luz de la prisión permanente revisable», *ADPCP*, 2018, tomo 71, mayo 2019; y «Fundamentos Penitenciarios en contra de la constitucionalidad de la prisión permanente revisable», *Diario La Ley*, n. 9166, 26.03.18.

(27) CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 117-118.

(28) 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., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M. (Ed.), RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.), *Contra la cadena perpetua*, Universidad Castilla-La Mancha, 2016, pp. 139-162.

das 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) se realizará valorando en su conjunto todos los delitos cometidos.

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».

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» (29).

Sin duda, 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–)» (30). Como resume Acale Sánchez «se trata de un Derecho penitenciario reactivo, no proactivo, y cuyo fin no es alcanzar la reinserción social, sino postergarla» (31). Igualmente, Landa Gorostiza señala que la revisión de la prisión permanente «descansa simultáneamente en criterios materiales que tanto podrían interpretarse en una lógica retributiva, preventivo-general

(29) CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, pp. 118-119.

(30) GARCÍA RIVAS, N., «Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable», *La Ley Penal*, n. 128, 2017, p. 14; coincidente con CÁMARA ARROYO, S., FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*, Aranzadi, Navarra, 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.

(31) 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., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M., 2016, p. 168.

como preventivo-especial» (32) sin que quede suficientemente precisado que el pronóstico de reinserción social deba ser preferente.

Por todo 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 (33). Ello en tanto su posible revisión depende de numerosos factores de valoración subjetiva difícilmente determinables, y por ende fiscalizables, a la par que no otorga primacía a la finalidad rehabilitadora de la condena. Justamente la finalidad de la pena que puede llegar a permitir la excarcelación.

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 (34), tras la reforma operada por LO 1/2015 de introducción de la prisión permanente revisable, 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

---

(32) 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.

(33) 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., 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., 2016, pp. 49-60; GARCÍA RIVAS, N., *La Ley Penal*, 2017, p. 12; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 123 y 153.

(34) De acuerdo con el mismo: «La pena de prisión permanente será revisada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92. La clasificación del condenado en el tercer grado deberá ser autorizada por el tribunal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias, y no podrá efectuarse: a) Hasta el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. b) Hasta el cumplimiento de quince años de prisión efectiva, en el resto de los casos. En estos supuestos, el penado no podrá disfrutar de permisos de salida hasta que haya cumplido un mínimo de doce años de prisión, en el caso previsto en la letra a), y ocho años de prisión, en el previsto en la letra b)».

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» (35).

Argumentos que entendemos decaen por la valoración, de nuevo subjetiva, que el propio Consejo Fiscal acaba asumiendo.

En definitiva, la interpretación del art. 25.2 CE en el sentido marcado por la *Doctrina Vinter*, debiera llevar a aumentar el estatus cualitativo del derecho a la reinserción social, de mandato al legislador a derecho subjetivo de los internos. A la vez, la asunción de los argumentos del TEDH para justificar la compatibilidad entre la cadena perpetua y el derecho de todo interno a la reinserción social no puede más que forzar la modificación de los términos del art. 92.1 c) CP. Sólo con el empleo de unos parámetros de revisión más predecibles y claramente orientados a la rehabilitación del condenado es posible entender que la revisión de la cadena perpetua pueda ser efectivamente cierta.

### 3. REINSERCIÓN SOCIAL Y RESOCIALIZACIÓN ¿SON LO MISMO?

Hasta el momento, hemos venido utilizando los conceptos de reinserción social y resocialización de una forma paralela como si fueran sinónimos. En relación con ello, a pesar de que habitualmente vienen usándose indistintamente, y se entiende que el concepto de resocialización se recoge en el art. 25.2 CE, recientes sentencias del ámbito europeo hacen que introduzcamos un importante matiz.

Se trata de dos resoluciones del Tribunal Constitucional alemán de 17 y 18 de septiembre 2019 (36), en las que se vincula la concesión de permisos de salida a la no desocialización de los condenados. Con ello, se distingue, dentro del derecho a la reinserción social, dos vertientes diferentes. De un lado, el derecho al tratamiento y a la rehabi-

---

(35) Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de LO por la que se modifica la LO 10/1995 ob. cit., p. 18.

(36) El resumen de las resoluciones se encuentra disponible en alemán en el siguiente sitio web: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2019/bvg19-068.html>



litación social si el tratamiento tiene resultado positivo –lo que llamaríamos reinserción social en sentido estricto–. De otro lado, el derecho a la no desocialización por el paso del tiempo durante el cumplimiento de la condena, con independencia del resultado arrojado por el tratamiento desarrollado, incluso de que éste se hubiera llevado a cabo –lo que definiríamos con la resocialización–.

Incluir lo que llamamos resocialización en sentido estricto, la segunda de las vertientes descritas, dentro del concepto de reinserción social del art. 25.2 CE, supondría una revolución en materia penitenciaria. Ello en tanto creemos que permitiría la ruptura de dinámicas de cumplimiento ligadas al aislamiento de los internos que tienden a cronificarse en el tiempo. A su vez, dotaría a las decisiones administrativas de un fundamento objetivo más allá del consistente en valorar el resultado de la evolución del interno en materia tratamental o terapéutico (37).

### 3.1 ¿Es posible la resocialización de quien está en primer grado?

Como he expuesto en otros trabajos (38), a pesar de los intentos del sistema de la LOGP y el RP por restringir al máximo el número de internos en régimen cerrado (39), y orientar su aplicación al trata-

---

(37) Acerca de la problemática de fundamentar las decisiones administrativas que se basan en la evolución tratamental de los internos, con alto componente subjetivo, CERVELLÓ DONDERIS, V., «Individualización garantista en el ejercicio de la discrecionalidad penitenciaria», *ADPCP*, t. 72, 2019, pp. 217 y ss.; y «La instrumentalización del cumplimiento de la pena de prisión», en *Teoría y Derecho, Comentarios a la STS de 14 de octubre de 2019. El proceso penal al procés*, n. 26, 2019, pp. 171-173; realiza un magnífico análisis, señalando dos premisas para conservar la individualización de nuestro sistema de cumplimiento sin incurrir en la arbitrariedad. En primer lugar, huir de la burocratización con una mayor motivación de las decisiones administrativas que permita a su vez un control del fondo de las mismas. En segundo lugar, que se logre una mayor definición normativa de los factores a valorar, eliminando algunos, como la asunción del delito, que no tienen cabida en un sistema de cumplimiento que respete la dignidad y autonomía moral del interno. Con ello se alcanzaría lo que la autora denomina discrecionalidad reglada, tan necesaria en la consecución de decisiones administrativas ajustadas a derecho, y también para enfrentar las críticas que se realizan al sistema de manera más fundamentada. En la misma línea, se propone la elaboración de informes abiertos por los profesionales de las Juntas de Tratamiento que aporten mayor conocimiento sobre el fondo de la situación del interno sobre el que se va a decidir en SOLAR CALVO, P., 2019, pp. 501-510.

(38) SOLAR CALVO, P., 2019, pp. 91 y ss.

(39) Como ejemplo de las medidas que se emplean para procurar reducir su aplicación, el art. 92.3 RP establece que en lugar de los seis meses habituales, «la

miento de los mismos, lo cierto es que su misma existencia plantea una importante problemática. Como apuntan Tamarit Sumalla y García Albero, «las normas que regulan el ingreso de los presos en los establecimientos o departamentos de régimen cerrado reflejan las contradicciones internas de la actual legislación penitenciaria» (40). Y es que, a pesar de lo inevitable de muchos de los supuestos en que se aplica, contraviene las bases propias de un sistema orientado al cumplimiento de la pena lo más normalizado posible desde el punto de vista personal y social (41). Siguiendo a Ríos Martín, este régimen «supone la renuncia más explícita y grosera posible de la orientación a la reinserción social y reeducación que impone la CE, que queda como una vacía declaración de principios burdamente violada» (42).

A su vez, Lacal Cuenca y Solar Calvo hemos señalado que, a pesar de que la LOGP avisa de la necesaria excepcionalidad de su aplicación –así se infiere del art. 10 LOGP y del art. 89 y ss. RP–, lo cierto es que la permanencia en régimen cerrado se perpetúa a lo largo del tiempo. Su configuración como respuesta institucional para los casos de internos más conflictivos deriva en el enquistamiento de las situaciones y contemplarlo como mero grado de tratamiento, además de utópico, dulcifica lo que en realidad conforma. En la situación actual, al amparo de la unión entre régimen cerrado y tratamiento, se da el visto bueno legal y terapéutico a estancias en primer grado de hasta 15 años, haciendo depender la realidad práctica de este último de la propia filosofía de los centros y los profesionales implicados (43).

En este contexto, entendemos que si la interpretación del art. 25.2 CE incluyese el derecho a evitar la desocialización que introducen las dos resoluciones alemanas aportadas, fundamentaría el uso de determinados instrumentos de reinserción, como las salidas del centro, también con los internos clasificados en primer grado.

---

asignación de modalidad de vida se revisará en el plazo máximo de tres meses, se notificará al interno y se anotará en su expediente personal».

(40) TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., 2005, p. 270.

(41) CERVELLÓ DONDERIS, V., 2016, p. 223; RÍOS MARTÍN, J. C., CABRERA CABRERA, P. J., *Mirando al abismo: El régimen cerrado*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2002, p. 26; GALLEGO DÍAZ, M., CABRERA CABRERA, P. J., RÍOS MARTÍN, J. C., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., *Andar 1 km en línea recta. La cárcel del siglo XXI que vive el preso*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2010, p. 159.

(42) RÍOS MARTÍN, J. C., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016, p. 268.

(43) LACAL CUENCA, P., SOLAR CALVO, P., «El aislamiento en prisiones: usos múltiples y múltiples justificaciones», *Diario la Ley*, n. 8154, Sección Doctrina, 20.09.13, p. 8. En sentido similar, RÍOS MARTÍN, J. C., *et. al.*, 2016, p. 271.

En cuanto a los permisos ordinarios, a pesar de que puede resultar del todo lógico negar esta posibilidad a quien no ha evolucionado de una forma suficiente desde el punto de vista tratamental y por eso mismo se encuentra en primer grado, se trata de un aspecto que fue muy discutido en el momento de la redacción de nuestra normativa penitenciaria. El RD de 29 de julio de 1977, en su art. 109, establecía la concesión de permisos de veinticuatro, cuarenta y ocho o setenta y dos horas y, excepcionalmente, de una semana, a penados y presos preventivos por la realización de «actos que pusieran de relieve buena conducta y espíritu de trabajo», contemplando también la concesión de permisos ordinarios a internos en primer grado. En el mismo sentido, el Anteproyecto de LOGP preveía esta posibilidad. Sin embargo, pesó más la alarma provocada por algunas fugas de internos en primer grado y la nueva configuración que los permisos ordinarios adquirirían conforme a la LOGP, en la que dejaban de ser recompensas para empezar su evolución jurídica hasta convertirse en derechos asociados a la evolución tratamental de los internos (44).

Por su parte, en cuanto a los permisos extraordinarios, lo cierto es que el encaje normativo de nuestra propuesta es aún más sencillo. La humanidad que fundamenta la concesión de los mismos podría justificar su ampliación a casos de clara desocialización del interno, en que la salida de prisión minimiza las consecuencias inhumanas del aislamiento. La relación con la vertiente no tratamental del derecho a la reinserción social estaría claramente presente en estas salidas.

Para el colectivo de internos en régimen cerrado, el disfrute de salidas rebajaría el carácter eminentemente asegurativo propio del régimen cerrado, dando verdadero cumplimiento a los arts. 71 LOGP y 73 RP, cuando proclaman el sometimiento del régimen al tratamiento (45). A su vez, ayudaría sin duda a romper las dinámicas de enfrentamiento institucional en la que los internos en primer grado suelen verse inmersos. En relación a este colectivo, sorprenden los casos de internos con delitos de escasa relevancia que sin embargo se encuentran en conflicto permanente con la institución, su personal y lo que representan –de ahí que el art. 102.5 RP e) sobre la «comisión de infracciones disciplinarias calificadas de graves o muy graves de

---

(44) Expone la discusión parlamentaria al respecto, ANDRÉS LASO, A., 2016, pp. 249-255. Igualmente, realiza un interesantísimo análisis, RENART GARCÍA, F., «Las Circulares de 1978 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias: Los decisivos eslabones de la Reforma penitenciaria», *ADPCP*, t. 72, 2019, pp. 322 y ss.

(45) Conforme al art. 71 LOGP: «1. El fin primordial del régimen de los establecimientos de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia, las funciones regimentales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas».

manera reiterada y sostenida en el tiempo» recoja como motivos para la aplicación del régimen cerrado, la generación de conflictos *intra muros*—. Para estos ciudadanos escasamente peligrosos, pero internos altamente conflictivos, la concesión de un permiso ordinario bajo ciertas condiciones supondría sin duda la ruptura de dinámicas preestablecidas, esquemas de actuación conductual que se consolidan en el tiempo y cuya repetición es inversamente proporcional a la probabilidad de que los mismos cesen.

A ello contribuiría la interpretación tan flexible que impera actualmente sobre la «ausencia de mala conducta». La mayor parte de la doctrina identifica este requisito para la salida de permiso ordinario con la ausencia de sanciones, pero sin dejar de lado una cierta y necesaria flexibilidad, considerando la conducta más global de los internos (46). Este contenido amplio ayudaría no sólo en la concesión de las salidas de permiso ordinario a los internos en régimen cerrado, sino que también podría servir de criterio orientador para la concesión de permisos extraordinarios y la determinación de las medidas de seguridad correspondientes a los mismos.

En definitiva, las salidas de los internos en régimen cerrado podrían encuadrarse bien en una modalidad de permisos ordinarios concedidos tras una cierta evolución tratamental, entendida ésta de modo flexible y más limitada al control conductual; bien como permisos extraordinarios tendentes a romper la desocialización de quien se encuentra cumpliendo en régimen de aislamiento. Todo ello, de forma

---

(46) ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., *Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*, MAD, Madrid, 2006, p. 284 comentan que considerando el elenco actual de infracciones, no todas ellas pueden ser valoradas del mismo modo desde el punto de vista de sus consecuencias para la seguridad del centro y, mucho menos, teniendo en cuenta su incidencia tratamental. A modo de ejemplo, el art. 109 g) RP 1981 que califica como falta muy grave: «El organizar o participar en juegos de suerte, envite o azar que no se hallaren permitidos en el establecimiento». En este sentido, DE CASTRO ANTONIO, J. L., «Permisos de salida», en VV. AA., *I Curso Monográfico para Jueces de Vigilancia Penitenciaria, Madrid, 13-16 de noviembre de 1995*, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 399, manifiesta que: «se da especial importancia a la conducta del interno en prisión y muy poca a la denominada conducta global. Lo que realmente hay que valorar es cómo el individuo va a responder en sociedad, visualizar ese comportamiento». Interpretación a la que se adhieren RÍOS MARTÍN, J. C., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Las penas y su aplicación. Contenido legal, doctrinal y jurisprudencial*, Colex, Madrid, 2007, p. 265. Igualmente, la importante STS 124/2019, de 8 de marzo, de unificación de la doctrina, delimita la relación y diferencia entre el requisito de ausencia de mala conducta, a efectos de salida de permiso ordinario, y la concurrencia de sanciones sin cancelar. Al respecto, SOLAR CALVO, P., «Las últimas resoluciones del TS en casación penitenciaria», *AJA*, n. 955, 26.09.19, p. 11.

compatible con los controles y medidas de seguridad que se estimen necesarios y que pueden ir desde un mayor control familiar, social – con tutela de determinadas instituciones–, incluso penitenciario o policial –imaginemos el acompañamiento de profesionales del medio penitenciario o una mayor vigilancia y control policiales–.

#### 4. EL ARTÍCULO 25.2 CE COMO POTENCIADOR DE DERECHOS

La tercera variante que creemos que serviría para completar el contenido de la reinserción social del art. 25.2 CE y reforzar su potencial rehabilitador es el que se aporta por la reciente y relevante STC de 27 de enero de 2020 que reconoce la libertad de expresión de los internos en centros penitenciarios (47). Veamos primero el devenir del proceso judicial acontecido para llegar a lo que entendemos como contenido a tener en cuenta como parte esencial del art.25.2 CE.

##### 4.1 Antecedentes de la STC de 27 de enero de 2020

La STC que a continuación abordamos tiene una importancia vital, pues ejemplifica de una manera inmejorable la necesidad que existe en cuanto a mejorar las garantías jurídicas en la protección de los derechos fundamentales de los internos en la jurisdicción de vigilancia (48). Después de pasar por todas las instancias de protección judicial posibles, por diferentes motivos y sobre la base de fundamentos que ahora analizaremos, es el TC el que ha de estimar que efectivamente se ha producido una vulneración del art.20 CE al no permitir a un interno comunicar con un medio de prensa. Ninguna de las instancias previas había entrado al fondo del asunto de forma concreta. Y, si en alguna de las resoluciones, podemos decir que analizó más la situación de hecho, se dieron por buenos los argumentos de la Administración Penitenciaria sin constatar la auténtica realidad de los mismos.

Siguiendo el texto de la propia STC:

«El día 28 de marzo de 2017 el JVP n.º 8 de Andalucía dictó auto desestimatorio de la queja formulada, fundamentando tal decisión en

---

(47) La STC completa merece ser leída con detenimiento por los múltiples aspectos que plantea y que corrigen la actuación de la Administración Penitenciaria. Se encuentra disponible en: <https://apdha.org/media/sentencia-TC-derecho-expresion-presxs-040220.pdf>

(48) SOLAR CALVO, P., 2019, pp. 179-203.

que se pretende obtener autorización para que el interno pueda ser entrevistado por un periodista y, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 51.3 LOGP y 49.5 RP, dicha autorización es potestativa de la administración penitenciaria, por lo que tal potestad, al configurarse como discrecional, no constituye un derecho subjetivo del interno y encuentra como límite la interdicción de la arbitrariedad, lo cual no se produce al constatarse que el 25-04-16 el interno tuvo ocasión de mantener una entrevista con el mismo medio de información y la entrevista fue publicada el 04-06-2016».

En primer lugar, el párrafo transcrito nos da una idea de la base inicial de la que todo el análisis posterior parte: la consideración de que el derecho a la libertad de expresión del art. 20 CE no es un derecho subjetivo de los internos. Esto, que a posteriori llama la atención, es habitual tanto en la práctica penitenciaria, como en la jurisdicción de vigilancia. Prácticamente todos los derechos se consideran de implicación progresiva y su ejercicio depende de las necesidades de la Administración, que tiene una potestad casi omnimoda para limitarlos en función del interés común que supone la ejecución de la condena. Sobre esta idea se articula la relación de sujeción especial entre la Administración Penitenciaria y los internos y sobre esta idea se justifica la restricción de derechos fundamentales como es el caso (49).

Continuando con el proceso, el 7 de abril de 2017 el interesado interpuso recurso de reforma contra el auto anterior porque «habiéndose denunciado la infracción de derechos fundamentales, no existía en la resolución impugnada motivación alguna sobre la adecuación de la decisión adoptada por el centro penitenciario a los derechos cuya infracción se denuncia». A su vez, relativo a algo que sucede habitualmente en el devenir penitenciario ante el JVP, «no se había dado traslado al interno del informe del centro penitenciario antes reproducido, siendo ello relevante porque en él se habían introducido hechos nuevos –referidos a la existencia de la entrevista anterior– que no se habían consignado en el acuerdo denegatorio impugnado, por lo que no se tuvo la ocasión de contestar al respecto, al no haber formado parte del debate inicial». Esto es no hay suficiente motivación de la resolución administrativa, ésta tampoco se produce en sede judicial, y, en el caso de que la Administración Penitenciaria aporte en sede judicial informes sobre su actuación –lo que es muy habitual en estos casos–, no se promueve la contradicción.

---

(49) Al respecto, SOLAR CALVO, P., «Consecuencias penitenciarias de la relación de sujeción especial. Por un necesario cambio de paradigma, *ADPCP*, 2019, tomo 72, conmemorativo de la LOGP, octubre 2019.

El JVP estimó efectivamente el recurso de reforma al entender que concurría esta última circunstancia, declarando nulo el auto anterior. Sin embargo, considera impertinentes las pruebas propuestas por el interesado. Contra este auto, se interpone recurso de apelación en el que se señala que no basta con que se dé «conocimiento de la existencia de un elemento nuevo en el enjuiciamiento a efectuar por el JVP –los informes que había enviado la Administración–, si no se le da, simultáneamente, la oportunidad de rebatirlo mediante la práctica de la prueba solicitada».

La AP de Córdoba, en Auto de 9 de junio de 2017, desestima el recurso de apelación interpuesto, al entender que «la estimación del recurso de reforma que se había producido debía llevar a retrotraer las actuaciones del juzgado hasta el momento inmediatamente anterior a decidir, por lo que el juzgado debía proceder a dictar una nueva resolución una vez que el recurrente conociera el informe emitido por la dirección del centro penitenciario y, si lo estimara conveniente, alegara al respecto lo que tuviera por conveniente. En cuanto a la prueba denegada al interno, señalaba la Audiencia que podría solicitarse de nuevo tanto si se recurre en reforma la resolución que se dicte, como posteriormente, si nuevamente es denegada, en apelación».

Finalmente, por parte del JVP se reiteró en resolución posterior que las comunicaciones como las solicitadas son de carácter discrecional por el interno y que se podía prever un mal uso de la misma sobre la base de lo dicho en la entrevista anterior. Por su parte, la AP en auto de 26 de diciembre desestima el recurso de apelación por entender que «resulta creíble» que las opiniones vertidas por el apelante en la entrevista publicada un año antes hubieran atentado contra el orden y la buena marcha regimental del centro. Como vemos, a pesar de que se trata de la posible afectación de un derecho fundamental, se califica que su limitación es discrecional desde el punto de vista administrativo. Por ello, su limitación no se basa en el juicio de proporcionalidad que el TC exige, sino simplemente en que resulte creíble lo que la Administración Penitenciaria aportó en su informe.

#### **4.2 El ejercicio de derechos fundamentales como parámetro rehabilitador**

Al margen de las mejoras concretas que el devenir transcrito debiera suponer para la regulación de un procedimiento ante la jurisdicción de vigilancia, actualmente limitada a la DA 5.<sup>a</sup> LOPJ, destacamos el vuelco que la STC comentada supone en términos de protección de los derechos fundamentales de los internos. Al respecto, y a dife-

rencia de lo que decíamos que es habitual en la práctica de la Administración Penitenciaria, el STC determina que cualquier derecho fundamental de un interno sólo puede limitarse sobre la base del propio art. 25.2 CE cuando contempla que «el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria». En consecuencia, para la limitación de un derecho fundamental de un interno en un centro penitenciario ha de concurrir un interés legalmente reconocido, ha de ser necesario para un fin concreto y no ha de existir otro medio menos gravoso de alcanzar el mismo.

Utilizando las palabras del Tribunal Constitucional:

«Por ello, el marco normativo constitucional, de acuerdo con el cual un condenado a pena de prisión recluido en un establecimiento penitenciario puede ejercer su libertad de expresión e información, no viene determinado únicamente por lo dispuesto en el art. 20 CE, sino además por el art. 25.2 CE, pues es este precepto el que constituye la norma específica aplicable a los derechos fundamentales de los reclusos que adquieren un status propio que se configura, de acuerdo con este último precepto constitucional, como una relación de sujeción especial».

Por tanto, en la limitación de los derechos fundamentales no sirve alegar la existencia de una relación de sujeción especial vacía de contenido, como hemos visto que sucedía en el supuesto de hecho que da lugar a la resolución comentada. Más bien al contrario, el concepto de relación de sujeción especial adquiere sentido en los términos del art. 25.2 CE segundo inciso.

Si lo anterior ya es relevante, más aun lo que contempla el propio TC cuando continúa delimitando el contenido de este precepto. Así, el TC considera el respeto a los derechos fundamentales de los internos conforme a los parámetros expuestos del art. 25.2 CE, como contenido esencial para lograr el fin de la reinserción social que ese mismo precepto recoge. En definitiva, la segunda parte del art. 25.2 CE sirve para completar la primera. De nuevo, de acuerdo con el texto de la sentencia:

«Tampoco ha de desdeñarse la incidencia sustancial que el ejercicio de estos derechos puede tener en el desarrollo de la personalidad de los internos, que viene también destacado en el art. 25.2 CE y que adquiere suma relevancia en orden al cumplimiento de la finalidad, no exclusiva, de la reinserción social de las penas privativas de libertad que establece el primer inciso de dicho artículo».



Por tanto, he aquí el tercer componente que viene a enriquecer el concepto de resocialización del art. 25.2 CE en este intento realizado de otorgar un mensaje jurídico actual y de mayor calado al mismo.

## 5. CONCLUSIONES

Comenzamos este trabajo con una reflexión sobre la necesaria actualización del concepto de reinserción social del art. 25.2 CE, teniendo en cuenta los términos en los que actualmente es interpretado. Principalmente en el sentido de abogar por su elevación de estatus jurídico de mero mandato al legislador a derecho subjetivo de los internos. A su vez, buscando actualizar su contenido, hemos repasado diferentes resoluciones.

En primer lugar, la interpretación del art. 25.2 CE en el sentido marcado por la *Doctrina Vinter*, refuerza la consideración del derecho a la rehabilitación como derecho de los internos, también para el caso de condenados a penas de larga duración. Igualmente, la asunción de los argumentos del TEDH para justificar la compatibilidad entre la cadena perpetua y el derecho de todo interno a la reinserción social no puede más que forzar la modificación de los términos del art. 92.1 c) CP. Sólo con el empleo de unos parámetros de revisión más predecibles y claramente orientados a la rehabilitación del condenado es posible entender que la revisión de la cadena perpetua pueda ser efectivamente cierta.

En segundo lugar, al hilo de las recientes resoluciones del Tribunal Constitucional alemán, la asunción del derecho a la no desocialización como parte intrínseca del art. 25.2 CE serviría para replantear la situación de los internos en régimen cerrado. Ello con la finalidad de aproximar su régimen de cumplimiento a los principios tratamentales que inspiran nuestro sistema penitenciario. La vía propuesta para ello sería la de procurarles salidas de permiso que sirvieran para evitar la desocialización y romper situaciones de aislamiento crónico en los internos en primer grado.

Por último, de acuerdo con la STC de 27 de enero de 2020, la restricción de los derechos fundamentales de los internos de acuerdo con lo previsto en el art. 25.2 CE segundo inciso, resulta básico para alcanzar la rehabilitación de quien está privado de libertad. Sólo procurando un trato a los internos que posibilite el ejercicio más amplio de sus derechos, estaremos en disposición de trabajar en pos de su auténtica recuperación social. Sólo tratándoles como ciudadanos de pleno derecho, limitados sólo en aquello que exige el cumplimiento de la

sentencia, estaremos en la posición de partida para lograr que se comporten como tales una vez se produzca su excarcelación.

## 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., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., PÉREZ MANZANO, M. (Ed.), RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.), *Contra la cadena perpetua*, Universidad Castilla-La Mancha, 2016, pp. 163-169.
- 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.
- ARANDA CARBONELL, M. J., *Reeducación y Reinserción Social*, tesis doctoral dirigida por BUENO ARÚS, F, CEREZO MIR, J., UNED, 2005 y publicada posteriormente bajo el título *Reeducación y reinserción social, tratamiento penitenciario, análisis teórico y aproximación práctica*, Accésit Premio Nacional Victoria Kent 2006, Ministerio del Interior, Madrid, 2009.
- ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, J., RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V., Reglamento penitenciario comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación, MAD, Madrid, 2006.
- BECCARIA, C., *De los Delitos y las Penas*, Alianza Editorial, Madrid, 2004.
- 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.
- 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. 22-36.
- BUENO ARÚS, F., «La resocialización del delincuente adulto normal desde la perspectiva del derecho penitenciario», *Actualidad Penal*, n. 5, 1987.
- «Novedades en el concepto de tratamiento penitenciario», *REP*, n. 252, 2006.
- CÁMARA ARROYO, S., FERNÁNDEZ BERMEJO, D., *La prisión permanente revisable: el ocaso del humanitarismo penal y penitenciario*, Aranzadi, Navarra, 2016.
- CERVELLÓ DONDERIS, V., «El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social», *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*, Universidad de Valencia, 2005.
- CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CERVELLÓ DONDERIS, V., «Individualización garantista en el ejercicio de la discrecionalidad penitenciaria», *ADPCP*, t. 72, 2019.

- «La instrumentalización del cumplimiento de la pena de prisión», en *Teoría y Derecho, Comentarios a la STS de 14 de octubre de 2019. El proceso penal al proceso*, n. 26, 2019.
- CID MOLINÉ, J., «Derecho a la reinserción social (consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos)», en *Jueces para la democracia*, n. 23, Madrid, 1998, pp. 36-49.
- COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J., «Derechos fundamentales del condenado», en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. III, Edersa, Madrid, 1996.
- DE CASTRO ANTONIO, J. L., «Permisos de salida», en VV. AA., I Curso Monográfico para Jueces de Vigilancia Penitenciaria, Madrid, 13-16 de noviembre de 1995, CGPJ, Madrid, 1997.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *El trabajo penitenciario resocializador*, Caja de ahorros provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1982.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., NISTAL BURÓN, J., *Derecho Penitenciario*, 3.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2016.
- FERNÁNDEZ BERMEJO, D., «El fin constitucional de la reeducación y la reinserción social: ¿un derecho fundamental o una orientación política hacia el legislador español?», *ADPCP*, t. 67, 2014.
- «El sistema de ejecución de condenas en España: El sistema de individualización científica», *Estudios penales y criminológicos*, n. 35, 2015.
- GALLEGO DÍAZ, M., «Tratamiento penitenciario y voluntariedad», *REP*, n. extra, *in memoriam* Profesor Francisco Bueno Arús, 2013.
- GALLEGO DÍAZ, M., CABRERA CABRERA, P. J., RÍOS MARTÍN, J. C., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., *Andar 1 km en línea recta. La cárcel del siglo XXI que vive el preso*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2010.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *La supuesta función resocializadora del Derecho penal*, Estudios Penales, Barcelona, 1984.
- «Funciones y fines de las instituciones penitenciarias», en COBO DEL ROSAL, M., (Dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M., (Coord.), *Comentarios a la Legislación Penal*, t. VI, vol. I, Edersa, Madrid, 1986, pp. 28 y ss.
- GARCÍA GARCÍA, J., «Tratamiento penitenciario», en Clemente Díaz, M. y Sancha Mata, V., *Psicología social y penitenciaria*, Escuela de Estudios Penitenciarios, Madrid, 1989.
- GARCÍA RIVAS, N., «Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable», *La Ley Penal*, n. 128, 2017.
- GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, 2.ª ed., Cívitas, Madrid, 1982.
- *Teoría de la pena*, Tecnos, Madrid, 1987.
- GONZÁLEZ PLACENCIA, L., *La experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo, Aportes, Expectativas*, CNDH, México, 1995.
- GRACIA MARTÍN, L., ALASTUEY DOBÓN, C., «La ejecución de las penas privativas de libertad (Derecho Penitenciario)», en Gracia Martín, L. (Coord.), *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 37-48.
- HASSEMER, W., «Fines de la Pena en el Derecho Penal de orientación científico-social», en MIR PUIG, S., *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, UAB, 1982.

- JUANATEY DORADO, C., «Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable», *ADPCP*, t. 65, 2012.
- KANT, I., *La Metafísica de las Costumbres*, con un estudio preliminar de Cortina Orts, A., traducción y notas junto a Conill Sancho, J., Tecnos, 1989.
- LACAL CUENCA, P., SOLAR CALVO, P., «El aislamiento en prisiones: usos múltiples y múltiples justificaciones», *Diario la Ley*, n. 8154, Sección Doctrina, 20.09.13
- 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.),
- «Prisión perpetua y de muy larga duración tras la LO 1/2015: ¿Derecho a la esperanza? Con especial consideración del terrorismo y del TEDH», *RECPC*, n. 17, 2015.
- LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito.*, 6.<sup>a</sup> ed., Tecnos, Madrid, 2005.
- 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., 2016, pp. 49-60.
- LEGANÉS GÓMEZ, S., *Evolución de la clasificación penitenciaria*, Premio Nacional Victoria Kent, 2004; Ministerio del Interior, Madrid, 2005.
- LÓPEZ MELERO, M., «Aplicación de la pena privativa de libertad como principio resocializador: la reeducación y la reinserción social de los reclusos», *ADPCP*, t. 65, 2012.
- «Evolución de los sistemas penitenciarios y de la ejecución penal», *Anuario de la Facultad de Derecho*, n. 5, 2012.
  - «El art.25.2 CE como pauta de interpretación de los derechos fundamentales de los internos», *REP*, n. extra, *in memoriam* Profesor Francisco Bueno Arús, 2013.
  - «Cuestiones sobre Régimen y Tratamiento», *ADPCP*, t. 67, 2014.
- LUZÓN PEÑA, D. M., «Alcance y función del Derecho Penal», *ADPCP*, t. 42, n. 1, 1989.
- *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Universidad Complutense de Madrid. 1979.
- MAPELLI CAFFARENA, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Bosch, Barcelona, 1983.
- «Los fines de la ejecución de la pena privativa de libertad», *I Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1983.
  - «El sistema penitenciario, los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional», en RIVERA BEIRAS, I (Coord.), *Tratamiento Penitenciario y Derechos Fundamentales: Jornadas Penitenciarias*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 17-36.
- MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Pamplona, 2011.

- MARTÍNEZ GARAY, L., «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, n. 2, 2014.
- «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.
- MIR PUIG, S., «Problemática de la pena y seguridad ciudadana», en *El Derecho Penal en Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- *Derecho Penal. Parte General*, 10.<sup>a</sup> ed., Reppertor, Barcelona, 2016.
- MONTERO HERNANZ, T., «El tratamiento penitenciario», en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Coord.), *Derecho Penitenciario. Enseñanza y aprendizaje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 179-209.
- MUÑOZ CONDE, F., «La resocialización del delincuente: análisis y crítica de un mito», *Libro Homenaje a Antón Oneca*, Universidad de Salamanca, 1982; bajo el mismo título en *CPC*, n. 7, 1979.
- «Culpabilidad y Prevención General», en *Derecho Penal y Ciencias Sociales*, UAB, 1982.
- PEÑARANDA RAMOS, E., «La pena: Nociones generales», en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 255-293.
- PÉREZ MANZANO, M., «Principios del Derecho Penal (III)», epígrafes I-IV, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. (Coord.), *Introducción al Derecho Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2015, pp. 123-155.
- RACIONERO CARMONA, F., *Derecho penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Dykinson, Madrid, 1999.
- RENART GARCÍA, F., «Las Circulares de 1978 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias: Los decisivos eslabones de la Reforma penitenciaria», *ADPCP*, t. 72, 2019.
- RÍOS MARTÍN, J. C., CABRERA CABRERA, P. J., *Mirando al abismo: El régimen cerrado*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2002.
- RÍOS MARTÍN, J. C., SEGOVIA BERNABÉ, J. L., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Las penas y su aplicación. Contenido legal, doctrinal y jurisprudencial*, Colex, Madrid, 2007.
- RÍOS MARTÍN, J. C., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse en la cárcel*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C., *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ROXIN, C., *Problemas básicos del Derecho Penal*, traducción de Luzón Peña, D. M., Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, Reus, Madrid, 1976.
- SEGOVIA BERNABÉ, J. L., «En torno a la reinserción social y a otras cuestiones penales y penitenciarias», *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica*, n. 1, 2006.
- SOLAR CALVO, P., «Fundamentos Penitenciarios en contra de la constitucionalidad de la prisión permanente revisable», *Diario La Ley*, n. 9166, 26.03.18.

- *El sistema penitenciario en la encrucijada: una lectural penitenciaria de las últimas reformas penales*, Colección de Derecho Penal y Procesal Penal, Ed. BOE, 2019.
- «¿Es el tratamiento penitenciario voluntario? Valoración de la cuestión a la luz de la prisión permanente revisable», *ADPCP*, 2018, tomo 71, mayo 2019.
- «Las últimas resoluciones del TS en casación penitenciaria», *AJA*, n. 955, 26.09.19.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M. J., SAPENA GRAU, F. (Coords.), *Curso de Derecho penitenciario*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- TÉLLEZ AGUILERA, A., *Los Sistemas Penitenciarios y sus Prisiones: Derecho y Realidad*, Edisofer, Madrid, 1998.
- *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Edisofer, Madrid, 1998.
- «Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español», *ADPCP*, t. 52, 1999, pp. 323-338.
- VAN ZYL SMIT, D., SNACKEN, S., *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

# El boicot a la reinserción social desde el derecho procesal penitenciario. Apuntes críticos sobre el procedimiento de concesión de permisos de salida y propuestas para su mejora (1)

LAURA DELGADO CARRILLO

Personal Investigador Predoctoral en Formación UNED

## RESUMEN

*El Derecho procesal penitenciario es uno de los imprescindibles con que debe contar la política pública de reinserción social para asegurar la consecución de los fines de la pena privativa de libertad que establece la Constitución. No obstante, esto, desde 1979 y hasta nuestros días, los aspectos orgánicos y procesales de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria no han sido una prioridad de nuestros agentes estatales, por lo que todavía no se ha aprobado la tan esperada ley procesal de ejecución penal. La inexistencia de esta norma dificulta el día a día de los Juzgados que, obligados a la improvisación, operan de forma dispar e ineficiente en perjuicio de las premisas de reeducación y reinserción social a que deben abocarse las penas. En materia de permisos de salida concretamente, las disfunciones que la práctica procesal acarrea pueden además incidir negativamente en los derechos fundamentales de la población reclusa.*

*Palabras clave: Ejecución penal. Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. Derecho Procesal Penitenciario. Permisos de salida. Reinserción social.*

---

(1) Este artículo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D+i «La ejecución de las penas por delitos de terrorismo» (RTI2018-095375-B-100) financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España.

## ABSTRACT

*Penitentiary Procedural Law is one of the essential elements of the public policy of social reintegration to ensure the achievement of the constitutional purposes of prison sentences. However, since 1979 and to date, the organic and procedural aspects of the Penitentiary Surveillance Courts have not been a priority of the public authorities and therefore, the approval of an essential procedural law on criminal execution is still awaited. The absence of this norm makes the day-to-day of the Courts difficult, which, abandoned to their fate, are forced to operate inefficiently, inevitably damaging the premises of reeducation and social reintegration towards which the penalties should be oriented. In terms of exit permits, the dysfunctions that procedural practice entails can also have a negative impact on the fundamental rights of the prison population.*

**Keywords:** Criminal execution. Courts of Penitentiary Surveillance. Penitentiary Procedural Law. Permits. Social reintegration.

**SUMARIO:** 1. ¿Existe el Derecho Procesal Penitenciario?–2. La imprecisión, insuficiencia e inoperancia de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria tras cuarenta años de abandono y supervivencia.–3. El procedimiento de concesión de los permisos de salida. 3.1 El procedimiento ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y la Audiencia Provincial. 3.2 Problemas graves y recurrentes de naturaleza procesal en materia de permisos. 3.3 Propuestas para mejorar la eficiencia, la legitimidad y la seguridad jurídica del sistema.–4. Conclusiones.–5. Bibliografía y fuentes consultadas.

### 1. ¿EXISTE EL DERECHO PROCESAL PENITENCIARIO?

La historia del Derecho Procesal Penitenciario en España sigue siendo a día de hoy, tal y como diría el Magistrado Racionero Carmona, «*la de una pasión inútil*» (2). Si bien ya han transcurrido más de cuarenta años desde la aprobación de la Ley Orgánica General

---

(2) RACIONERO CARMONA, F.; «El proceso de reforma de la ejecución de la pena privativa de libertad: una visión de conjunto», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.º 17, septiembre, 2003. Disponible en línea: [http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM\\_Revista\\_FP&cid=1109168498707&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168491182&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome\\_RJU&siteName=CM\\_Revista\\_FP&urlPage=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome\\_RJU](http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1109168498707&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168491182&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU&siteName=CM_Revista_FP&urlPage=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU) [último acceso de 10/09/2019].



Penitenciaria [en adelante, LOGP (3)], lo cierto es que aún no se han materializado las previsiones procesales más elementales que el legislador penitenciario habría concebido para que la ejecución penal fuera plenamente garantista para con los derechos de los reclusos (4).

Así, el art. 78.1 LOGP establece que «*en lo que respecta a las cuestiones orgánicas referentes a los Jueces de Vigilancia y a los procedimientos de su actuación, se estará a lo dispuesto en las leyes correspondientes*». El legislador era sabedor de que esas «*leyes correspondientes*» no existían en el momento de aprobarse la LOGP, pues su Disposición Transitoria Primera detallaba los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal [en adelante, LECr (5)] que debían regir la actuación de los Jueces de Vigilancia «*hasta que se dicten las normas referidas en el art. 78*» (6). Es evidente que nadie podía esperar que la transitoriedad de dicha disposición fuera a prorrogarse en el tiempo hasta cumplir los cuarenta años, pero lo cierto es que a día de hoy —a falta todavía de que se aprueben esas «*leyes correspondientes*»— sigue vigente en la aplicación de las previsiones que el legislador estableció con carácter provisional hasta la aprobación de las normas procesales correspondientes.

No obstante, lo anterior, los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria [en adelante, JVP] han tenido que ingeniárselas para poder hallar la forma de operar en su día a día, pues la inexistencia del corpus orgánico y procesal de estos Juzgados no es óbice para excusarse en el cumplimiento de las funciones que les han sido asignadas (7) —por

(3) Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. *BOE* n.º 239, de 05/10/1979.

(4) FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., *Guía Práctica de Derecho Penitenciario 2017: adaptada a la LO 1/2015, de reforma del Código Penal, y a la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito*, Sepin, Madrid, 2016, p. 231.

(5) Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *BOE* n.º 260, de 17/09/1882.

(6) Disposición Transitoria Primera de la LOGP.

(7) En este mismo sentido se pronunciaba la Presidencia del Tribunal Supremo en el tercer apartado de las Previsiones de 1981 a las que se hará referencia más adelante: «*la inexistencia de unas normas generales expresas para la actuación del Juez de Vigilancia, aunque pone de manifiesto graves deficiencias en la coordinación legislativa y origina evidentes dificultades, debe ser superada a través de una adecuada integración del ordenamiento aplicación, exigida por el art. 1.7 del Código Civil, que ordena a Jueces y Tribunales resolver, en todo caso, ateniéndose al sistema de fuentes establecido. Por ello, resulta procedente que el Juez de Vigilancia encauce formalmente su actividad, dentro de una libertad de trámites impuesta por la propia carencia de regulación legal*». También el autor de la LOGP afirmaba que «*la ausencia de normas procesales ad hoc no equivale a la ausencia de normas aplicables a estas actuaciones procesales*» en GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Civitas, 1980 (reimpresión de 1995), p. 253.

más que la delimitación de las mismas también sea una constante que no ha dejado de escapar a la polémica (8)–.

Por las peculiaridades y anomalías que han regido en el espectro del derecho procesal penitenciario desde que en 1979 se aprobara la LOGP, así como por los contratiempos que las mismas suscitan en relación con los fines de las penas privativas de libertad, se entiende conveniente hacer un breve repaso de los hitos históricos y normativos que han ido complejizando el mosaico de las fuentes del derecho procesal penitenciario, si es que puede considerarse que tal exista (9). Es indudable que los JVP lo aplican cotidianamente en la resolución de los incidentes elevados a la judicatura, pero el hecho de que no exista una norma elemental que se haga eco de los principios básicos del procedimiento, del reparto de competencias entre los distintos agentes que intervienen en la ejecución penal, de la legitimación y capacidad procesal para ser parte en el proceso, de los plazos en que estos deban desarrollarse, de la asistencia jurídica a las partes, del sistema de alegación y prueba en las distintas fases procedimentales o del sistema de recursos –entre otras cuestiones que podrían mencionarse–, hace que hablar de derecho procesal penitenciario sea poco menos que hablar de un ente abstracto, indefinido e impreciso cuyas garantías en términos de seguridad y certeza son más bien escasas.

El primer hito que cabe mencionar con respecto a la configuración actual de los JVP es, evidentemente, la aprobación de la LOGP que los introduce por primera vez en el ordenamiento jurídico español. Lo hace en tan solo tres preceptos –concretamente, en los arts. 76 a 78 del Título V, dedicado exclusivamente a esta cuestión– sin que la LOGP cuente con una Exposición de Motivos en la que se fundamente o se expliquen las necesidades a que responde la creación de esta nueva figura jurisdiccional. Así pues, la LOGP se limita a establecer las atribuciones básicas de esta nueva clase de Juzgados, incluyendo en el

---

(8) La propia Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica reguladora del procedimiento ante los JVP de 1997 –que nunca fue aprobado– se hacía eco de esta cuestión en su apartado I: «Desde que los titulares de los órganos judiciales [...] iniciaron el ejercicio de las nuevas funciones hasta ahora, dos han resultado ser los problemas cruciales de tal desempeño: de una parte, la necesidad de precisar los ámbitos resolutivos en los cuales los Jueces de Vigilancia Penitenciaria pasaban a sustituir al Juez o Tribunal sentenciador en la ejecución de las penas privativas de libertad, dada la proclamación genérica de la Ley Orgánica General Penitenciaria; de otra, la necesidad de promulgar las normas procesales adecuadas para la mencionada Jurisdicción».

(9) Cuestión que también plantea BENÍTEZ YÉBENES, J. R. en *El Procedimiento de actuación ante los Órganos de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2016, pp. 28 y ss.

último precepto la llamada al legislador para que apruebe las «*leyes correspondientes*» a que se hacía mención anteriormente.

Dado que la LOGP no se acompaña de las medidas ejecutivas que hubieran sido necesarias para trasladar a la realidad las previsiones de ese Título V, la puesta en marcha de los JVP no puede producirse *per se* de forma automática con la mera aprobación de la LOGP (10). El Reglamento Penitenciario [en adelante, RP] de 1981 (11) vuelve a hacerse eco de esta cuestión cuando en su Disposición Transitoria Quinta establece que «*en tanto no se promulguen las normas orgánicas y procesales que desarrollen la intervención del Juez de Vigilancia, referidas en el art. 78 LOGP, las Autoridades Judiciales a quienes atribuya aquella condición el Consejo General del Poder Judicial, se atenderán a los artículos 526, 985, 987, 990 y concordantes de la LECr*». El Consejo General del Poder Judicial [en adelante, CGPJ] queda emplazado, pues, a decidir qué Autoridades Judiciales van a tener que desempeñar la función del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

A esperas todavía de que se aprueben las «*leyes correspondientes*» del art. 78 LOGP, el Pleno del CGPJ adopta el Acuerdo de 9 de julio de 1981 atribuyendo la condición de «*Juez de Vigilancia*» a los titulares de diecisiete Juzgados ya existentes –mayormente de Peligrosidad y Rehabilitación Social– para cumplir las funciones que les habían sido encomendadas (12). Los JVP, pues, no son creados *ex novo* para dedicarse con exclusividad al ámbito de la ejecución de la pena, sino que la implementación de los mismos pasa por saturar y sobrecargar el trabajo de los Juzgados designados al efecto (13). La problemática que de ello se deriva intenta ser atajada mediante la aprobación de sucesivos Acuerdos del Pleno del CGPJ que van concatenándose hasta 1985 (14), pero, evidentemente, lejos de poder ser esta una fórmula que sirva a la resolución del problema –esencialmente, la falta de medios–, los pronunciamientos del CGPJ no pueden tener más que un efecto analgésico sobre el estado de la cuestión.

(10) Al respecto, PEITEADO MARISCAL, P., «Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria: aspectos generales y caracteres orgánicos» en *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, Edersa, Madrid, 2000, pp. 4 y ss. de la versión on-line. Disponible en línea: [https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/juzgados-vigilancia-caracteres-organicos-302778?\\_ga=2.147923060.290356420.1569228735-1267371381.1569228735](https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/juzgados-vigilancia-caracteres-organicos-302778?_ga=2.147923060.290356420.1569228735-1267371381.1569228735) [último acceso de 10/09/2019].

(11) Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario [parcialmente derogado]. *BOE* n.º 149, de 23/06/1981.

(12) *BOE* n.º 174, de 22/07/1981.

(13) Situación que *a priori* se creía provisional y transitoria, tal y como afirmaba GARCÍA VALDÉS, C., en *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 255.

(14) Sobre las especificidades de cada uno de ellos, *vid. ibidem*, pp. 247 y ss.

Además del Acuerdo de 9 de julio de 1981 mencionado, el Pleno del CGPJ aprueba otros en fecha de 22 de julio de 1981 (15), 26 de octubre de 1983 (16), 19 de diciembre de 1984 (17) y 29 de mayo de 1985 (18). La actividad desenfrenada del CGPJ para intentar paliar las disfunciones prácticas de los JVP, empero, no remedia las lagunas normativas de carácter procesal a las que se ha hecho referencia anteriormente, por lo que el 8 de octubre de 1981 –una semana después de que los JVP empezaran a operar, tal y como disponía el Acuerdo del CGPJ de 22 de julio de 1981– la Presidencia del Tribunal Supremo [en adelante, TS] entendió oportuno dirigirse a las autoridades designadas para el desempeño de las funciones del JVP adoptando las Previsiones a las que a continuación se hace referencia (19).

Huelga decir que la Presidencia del TS partió de la provisionalidad con que se suponía iban a operar tales Previsiones, pues las «*leyes correspondientes*» a las que se refería el art. 78 LOGP seguían estando en la agenda del legislador y lo propio era esperar que el corpus orgánico y procesal de los JVP se aprobara de un momento a otro (20). No obstante esto, la Presidencia del TS se dirigió a los Jueces y Magistrados designados por el CGPJ para animarles a superar las dificultades con que debían lidiar en sus nuevas andaduras, esto es, la precariedad orgánica de unos JVP que no habían sido dotados de medios para el desempeño de sus atribuciones y, por otro lado, la inconcreción de las normas procesales a que debían adecuar dichas funciones (21). Si bien son más las cuestiones que se abordaban en las Previsiones de la Presidencia del TS, sirva lo anterior a los efectos de perfilar el estado de perplejidad general de los Jueces que habían sido designados para acometer la función penitenciaria.

Con la llegada de la Ley Orgánica del Poder Judicial [en adelante, LOPJ] de 1985 (22), se estableció por primera vez la creación *ex novo* de los *Juzgados* de Vigilancia Penitenciaria, abandonándose la referencia al *Juez* unipersonal que hasta ahora había aparecido en la nor-

(15) BOE n.º 187, de 06/08/1981.

(16) BOE n.º 276, de 18/11/1983.

(17) BOE n.º 8, de 09/01/1985.

(18) BOE n.º 136, de 07/06/1985.

(19) Y que se publican en *Poder Judicial*, n.º 1, 1981, pp. 71 y ss.

(20) En este sentido, GARCÍA VALDÉS recuerda en *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 253, que «*corresponde al legislador cumplir con el mandato del art. 78 LOGP*».

(21) PEITEADO MARISCAL, P., «Los Juzgados de Vigilancia...», *op. cit.*, pp. 7-8 y ALONSO DE ESCAMILLA, A., «Las nuevas competencias del Juez de vigilancia penitenciaria», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXII, 2019, p. 5.

(22) Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. BOE n.º 157, de 02/07/1985.

mativa –si bien el art. 94.4 LOPJ de aquel entonces seguía dejando abierta la posibilidad de que los titulares de otros órganos jurisdiccionales del orden penal llevasen a cabo funciones de vigilancia penitenciaria (23)–.

De esta norma llama especialmente la atención la confusa regulación que establece su Disposición Adicional Quinta [en adelante, DA 5.<sup>a</sup>] sobre el sistema de recursos que cabría interponer contra las resoluciones del JVP (24). Si bien es cierto que las normas procesales de naturaleza penitenciaria son profusamente esperadas por los agentes que intervienen en la ejecución de la condena, también lo es que la inclusión de esta disposición en la LOPJ responde a la máxima de «*a tiempos desesperados, medidas desesperadas*». El consenso sobre el desacierto técnico y sistemático con que se ha redactado el precepto invocado no ofrece en la doctrina ningún género de dudas (25).

Tres años después de la aprobación de la LOPJ, en 1988, la Ley de Demarcación y de Planta Judicial [en adelante, LDYPJ (26)] acabará de perfilar la composición de la planta de los JVP, pero es evidente que esta tampoco puede contribuir a suplir las carencias procesales con que estos Juzgados tienen que lidiar (27). A las mismas se dedicaba expresamente el Proyecto de Ley Orgánica reguladora del procedimiento ante los JVP de 1997, pero como su tramitación quedó interrumpida por motivos desconocidos tras la presentación de las 196 enmiendas de los Grupos Parlamentarios –la falta de voluntad política

(23) El precepto referido establecía, tal y como hoy sigue disponiendo el art. 94.5 LOPJ, que «*el cargo de Juez de Vigilancia Penitenciaria será compatible con el desempeño de un órgano del orden jurisdiccional penal*».

(24) En este sentido, algunas de las dificultades que arroja el precepto pueden encontrarse sin ánimo exhaustivo en PÉREZ CEPEDA, A. I., «Lección 10. El Juez de Vigilancia Penitenciaria y sus competencias» en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coord.) y VVAA, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo VI. Derecho Penitenciario*, 2.<sup>a</sup> edición, Iustel, Madrid, 2016, p. 293; RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de Derecho Penitenciario adaptadas a la normativa legal vigente*, 2.<sup>a</sup> edición, Comares, Granada, 2001, pp. 87 y ss. y FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Derecho Penitenciario*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 981 y ss.

(25) Al respecto, PEITEADO MARISCAL, P., «Los Juzgados de Vigilancia...», *op. cit.*, p. 9; CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, 4.<sup>a</sup> edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 179; y MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *Los permisos ordinarios de salida: Régimen jurídico y realidad*, Edisofer, Madrid, 2002, p. 109., entre otros.

(26) Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial. BOE n.º 313, de 30/12/1988.

(27) Aseguraba RODRÍGUEZ ALONSO, A. en *Lecciones de Derecho...*, *op. cit.*, p. 87, que lo verdaderamente urgente era aprobar una Ley procesal de ejecución penal «*inspirada en los principios de inmediación, concentración y audiencia oral*».

es uno de los más plausibles (28)–, los problemas con que entonces convivían los JVP debido a la ausencia de un corpus orgánico y procesal al que poder adecuar el desempeño de sus funciones han seguido arrastrándose hasta la actualidad.

La adopción de las recurrentes «*leyes correspondientes*» a que hacía referencia el art. 78 LOGP cuando se aprobó hace ahora cuarenta años nos permitiría sostener de forma absoluta la existencia de un derecho procesal penitenciario autónomo (29), pero lo cierto es que finalmente, por más que las mismas hayan sido hartamente reclamadas y exigidas por la totalidad de los agentes que intervienen en la ejecución de las condenas, el derecho procesal penitenciario sigue siendo en nuestros días «*ese gran desconocido*».

## 2. LA IMPRECISIÓN, INSUFICIENCIA E INOPERANCIA DE LOS JUZGADOS DE VIGILANCIA PENITENCIARIA TRAS CUARENTA AÑOS DE ABANDONO Y SUPERVIVENCIA

El análisis anterior retrata *per se* el delicado punto del que partieron los JVP cuando empezaron a operar y, si bien es cierto que los mismos supieron hacer frente a una anómala situación de incertidumbre procesal y orgánica, también lo es que la búsqueda de soluciones –o, dicho en otras palabras, la asunción de responsabilidades– correspondía al legislador de lo penitenciario y no a la judicatura (30). Así, los Jueces de Vigilancia Penitenciaria empezaron a reunirse de forma periódica en unas asambleas alegales –esto es, ajenas en su forma a

(28) Sostiene ZARAGOZA HUERTA, J., en *Derecho Penitenciario español*, Elsa G. de Lazcano, México, 2007, p. 58, que fue la convocatoria de nuevas elecciones la que hizo decaer el Proyecto de Ley Orgánica, si bien ello no redundó más que en la ausencia de voluntad política a que se hacía referencia. Sobre la tramitación interrumpida del Proyecto de Ley Orgánica, *vid.* RACIONERO CARMONA, F., «El proceso de reforma... *op. cit.* Disponible en línea: [http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM\\_Revista\\_FP&cid=1109168498707&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168491182&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2FHome\\_RJU&siteName=CM\\_Revista\\_FP&urlPage=RevistaJuridica%2FPage%2FHome\\_RJU](http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1109168498707&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168491182&language=es&pagename=RevistaJuridica%2FPage%2FHome_RJU&siteName=CM_Revista_FP&urlPage=RevistaJuridica%2FPage%2FHome_RJU) [último acceso de 10/09/2019].

(29) Si bien la autonomía de lo penitenciario con respecto a lo penal también ha sido una cuestión sobre la que ha debatido la doctrina, tal y como puede verse en PÉREZ CEPEDA, A. I., «Lección 10. El Juez de Vigilancia...», *op. cit.*, p. 295 y FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Derecho Penitenciario*, *op. cit.*, pp. 972 y ss., entre otros autores.

(30) *Vid.* nota al pie n.º 20.

cualquiera de las que la LOPJ prevé (31)– para aprobar unos *Criterios de actuación* que sirvieran a la unificación de las resoluciones penitenciarias y, por tanto, a la evitación de la disparidad en los pronunciamientos judiciales (32).

Es cierto que la independencia judicial impide que los *Criterios* aprobados en las Reuniones de Jueces de Vigilancia Penitenciaria puedan ser vinculantes para los mismos, pero no es menos cierto que una interpretación desigual de la ejecución de la pena privativa de libertad puede dar lugar a situaciones discriminatorias proscritas por el art. 14 CE. El respeto al principio de igualdad, al de seguridad jurídica y al de legalidad –con las limitaciones que, en este último caso, impone la ausencia de normativa–, pues, son algunos de los fundamentos que los Jueces de Vigilancia Penitenciaria pudieron haber hallado para solicitar al CGPJ la celebración de las reuniones mencionadas.

Destacada la relevancia que estos *Criterios* de actuación han tenido –y siguen teniendo– en la configuración de la praxis actual del derecho procesal penitenciario, debe admitirse que la problemática orgánica y procesal que azota a los JVP no ha dejado de existir en nuestros días. Así pues, los debates que pueden seguir manteniéndose en la actualidad con respecto a estos Juzgados alcanzan cuestiones tan elementales como la relativa a su naturaleza orgánica o su grado de especialización (33). Sin que en las presentes páginas se pueda ahondar en tales discusiones por motivos de extensión, su mera mención sirve a los efectos de poner de relieve la trascendencia de algunas de las materias sobre las que todavía no se ha alcanzado el consenso en lo concerniente a los JVP.

No obstante lo anterior, sí es de interés destacar que la falta de exclusividad de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria es y ha sido una de las cuestiones más criticadas tanto desde la doctrina, como desde la

---

(31) PEITEADO MARISCAL, P., «Los Juzgados de Vigilancia...», *op. cit.*, pp. 10 y ss.

(32) Tales *Criterios de actuación* son editados y publicados por el CGPJ para posibilitar su consulta, pudiendo encontrarse en línea en el siguiente enlace: <http://www.derechopenitenciario.com/documents/CriteriosJVP-refundidos-enero-2008.pdf> [último acceso de 10/09/2019].

(33) Al respecto, *vid.* ALONSO DE ESCAMILLA, A., «Las nuevas competencias...» *op. cit.*, p. 15; PEITEADO MARISCAL, P., «Los Juzgados de Vigilancia...», *op. cit.*, pp. 13 y ss.; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Derecho Penitenciario*, *op. cit.*, pp. 972 y ss. y PÉREZ CEPEDA, A. I., «Lección 10. El Juez de Vigilancia...», *op. cit.*, p. 293, entre otros.

propia judicatura (34). El art. 94.5 LOPJ sigue previendo la posibilidad de compatibilizar las funciones de vigilancia penitenciaria con las propias del orden jurisdiccional penal, por lo que la sobrecarga de trabajo a que se exponen estos órganos y la dificultad añadida que supone tener que operar de forma simultánea con áreas procesalmente distintas no favorece el funcionamiento de quienes deben intervenir en la ejecución de la pena privativa de libertad (35). La exclusividad de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, pues, es una demanda unánime y constante que el legislador no debería pasar por alto (36).

Junto a esta cuestión de la exclusividad debe tratarse también la relativa a la especialización de los Jueces que desempeñan funciones de vigilancia penitenciaria (37). El acceso a la carrera judicial no contempla en su programa las materias con que los JVP deben lidiar en su día a día, por lo que sería deseable que al personal juzgador de los mismos se les exigiera la especialización que consagraba la Disposición Final Segunda del fallido Proyecto de Ley Orgánica reguladora del procedimiento ante los JVP de 1997 (38). La misma preveía una modificación de la LOPJ que establecía que *«para la provisión de los*

---

(34) En este sentido, el Defensor del Pueblo señalaba que *«la falta de Jueces de Vigilancia Penitenciaria con funciones exclusivas incide directamente, tanto en una más lenta tramitación de unos asuntos que por su propia naturaleza exigen celeridad, como en la imposibilidad de efectuar la visita semanal de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria a las cárceles...»*. Recomendación 24/1994 sobre creación y funcionamiento de determinados Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, V Legislatura, Serie A: Actividades parlamentarias, n.º 50, de 21/03/1995, p. 138. En idéntico sentido, *vid.* nota al pie n.º 13.

(35) Uno de los problemas más acusados que esta compatibilidad ocasiona se manifiesta en las Audiencias Provinciales, pues, en ocasiones puede corresponderle a un Magistrado de la Audiencia Provincial ejercer funciones de vigilancia penitenciaria, correspondiéndole también la resolución del recurso que eventualmente se interpusiera frente a la decisión de Vigilancia Penitenciaria.

(36) *Vid.* nota al pie n.º 34.

(37) En este sentido, GARCÍA VALDÉS ya sostuvo en su día que la preparación técnica de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria *«exige una formación especial, impartida bien en el Centro Judicial correspondiente o en la propia Escuela de Estudios Penitenciarios; pero es inexcusable atender a la misma»*. GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 243.

(38) Sobre esta cuestión se han pronunciado los propios Jueces de Vigilancia Penitenciaria en los *Criterios y Acuerdos sobre la especialización del Juez de Vigilancia Penitenciaria*, aprobados en el Encuentro de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, celebrado en Málaga los días 29 a 31 de mayo de 2017. Los mismos consideran que los Jueces de esta materia deberían ser juristas-criminólogos debido a que en el tratamiento penitenciario intervienen ciencias como la criminología, la psicología y la ciencia penitenciaria. En cualquier caso, consideran que el tratamiento de estas materias en las Facultades de Derecho, en el acceso a la carrera judicial y fiscal y en el de los letrados a la administración de Justicia es muy escaso.



*JVP, tendrán preferencia quienes acrediten la especialización correspondiente en la Escuela Judicial, según se determine reglamentariamente, y quienes hayan pasado al menos tres años de servicio en dichos órganos judiciales».* Es evidente que a una mayor preparación de los Jueces en la materia no puede seguirle más que un incremento de su legitimidad y de la confianza que en ellos se deposita.

Por último, pero no por ello menos importante, debe criticarse el hecho de que los JVP carezcan de equipos técnicos propios o adscritos (39). Considerando que una de las funciones de estos Juzgados consiste en la fiscalización de la actuación administrativa, es imprescindible que en los presupuestos de estos órganos judiciales se contemple la necesidad de formar equipos técnicos ajenos a la administración –y ello en *pro* de una tutela judicial que pudiera ser realmente efectiva e imparcial–. En la actualidad, la práctica revela una palpable incapacidad judicial para contrastar el sentido de los informes emitidos por la institución penitenciaria, por lo que las posibilidades de impugnar los actos administrativos son, cuanto menos, limitadas. A falta de informes que puedan complementar, ratificar o contradecir lo estipulado por la administración, los JVP no pueden más que emplear los emitidos por las propias Juntas de Tratamiento para resolver los asuntos de que deben conocer (40).

### 3. EL PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DE LOS PERMISOS DE SALIDA

Dado que la LOGP es más bien escueta al establecer el régimen jurídico de los permisos de salida –pues únicamente les dedica dos preceptos para regular las clases, duración y requisitos de los mis-

---

(39) Y esta es una reivindicación que realizan los propios Jueces de Vigilancia Penitenciaria, tal y como consta en el Criterio n.º 151: «*Es imprescindible que los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria cuenten con personal técnico especializado para la emisión de informes previos a la toma de decisiones*». *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XVI Reuniones celebradas entre 1981 y 2007*, que edita el Consejo General del Poder Judicial. Disponible en línea: <http://www.derechopenitenciario.com/documents/CriteriosJVP-refundidos-enero-2008.pdf> [último acceso de 10/09/2019].

(40) Sobre los problemas que ello acarrea en los procedimientos de concesión de permisos, *vid.* LARRAURI, E., «Se inventan sus leyes»: ¿Qué criterios se deben valorar en la concesión de permisos de salida?» en *Jueces para la Democracia*, n.º 94, marzo 2019, p. 50.

mos (41)– y que no hace ninguna mención al procedimiento de concesión que debe seguirse para su autorización, es preciso cotejar el Reglamento Penitenciario para hallar una regulación más profusa al respecto.

En efecto, el texto reglamentario dedica algunos preceptos más al desarrollo de los arts. 47 y 48 de la LOGP, si bien los mismos también son susceptibles de pecar de insuficiencia, tal y como pretenderá demostrar el análisis que sigue a continuación. Dentro del Título VI RP dedicado a los «*permisos de salida*», pues, podemos hallar un Capítulo I sobre «*clases, duración y requisitos de los permisos*» y un Capítulo II sobre «*procedimiento de concesión*», que es el que resulta de mayor interés a los efectos de estas páginas.

El art. 47.2 de la LOGP –reproducido a su vez en el art. 154.1 RP– establece que «*se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del Equipo Técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo y tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta*». El «*informe del Equipo Técnico*» es, por tanto, el único aspecto de contenido procesal que podría hallarse en el precepto orgánico, pues la única certeza que puede tenerse sobre el procedimiento de concesión de permisos a tenor de lo establecido por la LOGP es que, en algún momento del mismo, el Equipo Técnico del centro va a tener que emitir un informe sobre la conveniencia del permiso interesado. La LOGP no determina siquiera quién «*podrá conceder*» los permisos de salida –solo lo hace con respecto a los internos preventivos (42)–, por lo que, siendo ésta una materia que incide de forma directa en el tiempo de reclusión efectiva y, por lo tanto, en los derechos fundamentales de los presos (43), es cuestionable desde una

---

(41) *Vid.* arts. 47 y 48 LOGP, que constituyen la totalidad del Capítulo VI del Título II dedicado exclusivamente a «*Permisos de salida*».

(42) Art. 48 LOGP: «*Los permisos a que se refiere el artículo anterior podrán ser concedidos asimismo a internos preventivos con la aprobación, en cada caso, de la autoridad judicial correspondiente*».

(43) En este mismo sentido se pronuncia MARTÍNEZ ESCAMILLA al sostener que «*la fase de ejecución de la sentencia penal no se limita al cumplimiento automatizado de la misma, sino que muchas de las incidencias que durante la ejecución pueden surgir redundan bien en la efectiva duración del encarcelamiento, bien en el mayor o menor contenido aflictivo de la prisión, constituyendo tales decisiones, ejercicio del «ius puniendi» que no concluye con la emisión de una sentencia firme, cuyo ejercicio por imperativo del artículo 25.2 CE debe estar dirigido a la reeducación y reinserción social del penado y por mandato del artículo 117.3 corresponder su ejercicio o estrecho control al Poder Judicial*». MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *Los permisos ordinarios...*, *op. cit.*, p. 90.

perspectiva de legalidad y seguridad jurídica que algunos de los aspectos más relevantes sobre el régimen de salidas se hayan reservado al desarrollo reglamentario y no a la previsión orgánica (44).

Con respecto al procedimiento de concesión de los permisos en sí mismo (45), el Reglamento Penitenciario establece que la solicitud al efecto debe formularla el propio interesado (46), que el Equipo Técnico debe informarla de forma preceptiva comprobando la concurrencia de los requisitos «*objetivos*» que exige la Ley (47) y que, valoradas las circunstancias de cada caso y establecidas las condiciones y controles que se consideraran precisos para su eventual disfrute, «*la Junta de Tratamiento acordará la concesión o denegación del permiso solicitado por el interno*» (48).

Cuando la Junta de Tratamiento acuerda la concesión del permiso solicitado por un penado de segundo grado, el procedimiento no suele ofrecer mayores dificultades. El acuerdo de concesión es elevado junto con el informe del Equipo Técnico al JVP para su autorización (49) y, pese a que el sentido favorable del acuerdo administrativo no sea vinculante para la decisión que tome el órgano jurisdiccional, la práctica demuestra que no suele haber discrepancias en este sentido y que lo más habitual es la autorización de la salida (50).

---

(44) Sobre el principio de legalidad y el desarrollo reglamentario de las previsiones orgánicas en el ámbito penitenciario, CAROU GARCÍA, S., «El principio de legalidad en el Derecho penitenciario español. Especial referencia al régimen penitenciario cerrado» en *InDret*, n.º 4/2017, pp. 5 y ss.

(45) En estas páginas, por motivos de interés y espacio, se abordan exclusivamente los permisos ordinarios de los internos ya penados y en segundo grado, pues son los que dan lugar a un mayor número de procedimientos en la práctica y, por tanto, los que ocasionan los problemas que se analizarán más adelante.

(46) *Vid.* art. 160.1 RP.

(47) Dado que uno de esos requisitos consiste en «*no observar mala conducta*» –sin que el legislador haya querido precisar o definir los criterios que deberían tenerse en cuenta para entender que se cumple con tal requerimiento–, la objetividad de los mismos puede ponerse en tela de juicio. Sobre el cumplimiento de este requisito, *vid.* MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., en «*Los permisos ordinarios...*, *op. cit.*, pp. 34 y ss.

(48) *Vid.* art. 160.2 RP.

(49) *Vid.* art. 161.1 RP.

(50) Quizá porque, tal y como se señalaba anteriormente, los JVP carecen de medios para emitir informes de contraste con respecto a los emanados de la propia administración. No obstante esto, debe destacarse que solo el 25,3% de los penados disfrutaban de permisos tras cumplir la cuarta parte de la condena, por lo que es poco habitual que los permisos se concedan sin la puesta en marcha del sistema de recursos. Los datos estadísticos sobre esta materia son analizados de forma crítica e ilustrativa en LARRAURI, E., «Se inventan sus leyes...», *op. cit.*, pp. 43 y ss.

Cuando la Junta de Tratamiento acuerda la denegación de la solicitud de permiso, por otra parte, el Reglamento Penitenciario establece en su art. 162 que «*se notificará a éste la decisión motivada con indicación expresa de su derecho a acudir en vía de queja al JVP*», finalizando en este punto el Capítulo II sobre el «*procedimiento de concesión*». Con la denegación del acuerdo por parte de la Junta de Tratamiento, pues, finaliza la fase administrativa del proceso que se sigue cada vez que un penado solicita la autorización de una salida (51).

### 3.1 El procedimiento ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y la Audiencia Provincial

El art. 162 RP especifica que el penado tiene «*derecho a acudir en vía de queja al JVP*» cuando la Junta de Tratamiento acordara la denegación del permiso solicitado, pero lo cierto es que las normas a aplicar a partir de este momento son confusas e insuficientes, cuando no discordantes (52). La falta de ley procesal a que tanto se ha referido anteriormente se traduce en el pleno abandono de los JVP a su suerte, por lo que no es de extrañar que en este punto del procedimiento las fuentes del mismo se tornen difusas, ambiguas o incluso contradictorias en algunos casos (53).

La incertidumbre a que da lugar la ausencia de norma se manifiesta en cuestiones tan relevantes como la de los plazos. Si bien es cierto que el penado tiene derecho a «*acudir en vía de queja al JVP*», también lo es que ni la LOGP ni el RP determinan el tiempo de que dispone para recurrir las decisiones de la Administración Penitenciaria (54). La única referencia que en este sentido podemos hallar en el RP establece el plazo de cinco días para recurrir las sanciones disciplinarias, pero, considerando el silencio habido con respecto a los acuerdos que resuelven las solicitudes de permiso –y, en realidad, con

---

(51) En este sentido, critica LARRAURI, E., en *ibidem*, p. 51, que solo se eleven a la judicatura los acuerdos administrativos favorables a la concesión del permiso, pues ello impide que el JVP supervise de oficio –sin necesidad de que el preso recurra– las solicitudes que la Junta de Tratamiento desestima.

(52) Realidad que ya señalaba GARCÍA VALDÉS, C. en *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 256.

(53) Tal y como critica FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., por ejemplo, al plantear la problemática en torno a las cuestiones de competencia objetiva, territorial y funcional en esta fase del procedimiento penitenciario. *Vid. Derecho Penitenciario. Comentarios prácticos*, Sepin, Madrid, 2007, pp. 145 y ss.

(54) Cuestión que ha sido abordada de forma recurrente por la doctrina. Por todos, GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios... op. cit.*, p. 255.

respecto a cualquier tipo de acto o resolución de la Administración Penitenciaria, con la salvedad de la materia disciplinaria–, los JVP han considerado en sus criterios de actuación que el plazo para recurrir las resoluciones administrativas debe ser el de un mes (55), de acuerdo con los plazos de la ya derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (56).

Aclarado el plazo de interposición de la queja, lo cierto es que debe reconocerse que el proceso se rige por una gran flexibilidad en los trámites y que los formalismos exigidos en las actuaciones son prácticamente nulos (57). La falta de ley procesal, así como la relación de sujeción especial que la administración mantiene con los reclusos (58), impiden que pueda exigirse un mayor rigor formal en la tramitación jurisdiccional de los incidentes que hubiera que resolver, pues lo contrario podría interpretarse como una obstaculización infundada del derecho de defensa –directamente derivado del art. 24 CE–. No obstante ello, reconociéndose positivamente la laxitud formal con que la jurisdicción permite el acceso de los penados a la Justicia, es evidente que en *pro* de la seguridad jurídica tales prácticas deberían estar positivadas en un corpus normativo que se hiciera eco de los principios del proceso, de la legitimación y capacitación procesal o del sistema de alegación y prueba, entre otras cuestiones (59).

Resuelta la cuestión por el JVP, el penado aún tiene posibilidades de seguir recurriendo el auto jurisdiccional si éste se hubiera dictado en un sentido desfavorable para sus legítimos intereses. En este punto del proceso, superada ya la primera toma de contacto con el órgano jurisdiccional, el ámbito procesal penitenciario cuenta con la confusa y desacertada Disposición Adicional Quinta de la LOPJ –a que se ha hecho referencia anterior-

---

(55) Criterio de actuación n.º 153, publicado en *Criterios de actuación... op. cit.*

(56) Sustituida por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, *BOE* n.º 236, de 02/10/2015, que sigue manteniendo los plazos de un mes para los recursos de alzada y reposición en los arts. 122 y 124, respectivamente.

(57) Sobre los problemas que ello puede acarrear en las peticiones y quejas de naturaleza contencioso-administrativa, CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario...*, *op. cit.*, pp. 179.

(58) Al respecto, MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Derechos fundamentales entre rejas: Algunas reflexiones acerca de los derechos fundamentales en el ámbito penitenciario, al tiempo que un comentario de la jurisprudencia constitucional al respecto» en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 51, Fasc/Mes 1-3, 1998, pp. 248 y ss.

(59) Necesidad a que apunta RODRÍGUEZ ALONSO, A., en *Lecciones de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 87 y ss.

mente– (60). Si bien es cierto que su lectura es poco menos que farragosa (61) y que su contenido puede dar lugar a interpretaciones contradictorias sobre el curso que debe tener el proceso (62), también lo es que aclara algunos términos del mismo tras el primer pronunciamiento del JVP.

Así pues, lo primero que establece la mencionada Disposición es que «*contra todos los autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria*» cabe interponer recurso de reforma –si bien vuelve a no mencionarse en qué plazo, el art. 211 LECr, que es la norma de aplicación subsidiaria, establece el de tres días–. Este puede formalizarlo el preso sin necesidad de abogado o procurador tal y como sucedía también con la queja inicial que da curso al procedimiento, pero, dado que la cuestión de la asistencia jurídica da lugar a no pocos problemas en el ámbito de lo penitenciario –y ello por la recurrente ausencia de norma–, la misma será traída a colación de nuevo más adelante.

Tras la posibilidad de recurrir potestativamente en reforma *todos* los autos del JVP –y, por ende, los que denegaran la solicitud del permiso interesado–, la DA 5.<sup>a</sup> de la LOPJ aún deja abierta la posibilidad de acudir a la Audiencia Provincial [en adelante, AP] mediante el recurso de apelación (63). Su tramitación se rige por las normas de la LECr para el procedimiento abreviado –esto es, las normas del art. 766 LECr– y, si bien la remisión efectuada aclara algunos de los extremos del proceso, tales como plazos, efectos de la interposición del recurso o trámites de alegaciones y de prueba, lo deseable sería que tales aspectos estuvieran regulados en una norma procesal al efecto y no en las del procedimiento abreviado de la LECr (64).

En cuanto a los aportes procesales que realiza *per se* la DA 5.<sup>a</sup> de la LOPJ para tratar de asentar los pilares de la fase de apelación, debe destacarse y reconocerse, por una parte, que la misma mencione de forma expresa el órgano que será competente para resolver el

---

(60) Disposición que ha sido criticada en la doctrina de forma unánime, tal y como se lee en PÉREZ CEPEDA, A. I., «Lección 10. El Juez de Vigilancia...», *op. cit.*, pp. 293 y ss.; RODRÍGUEZ ALONSO, A. en *Lecciones de Derecho...*, *op. cit.*, pp. 88 y ss.; FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., *Derecho Penitenciario...*, *op. cit.*, p. 160, entre otros autores.

(61) La misma incluye previsiones tan confusas como la recogida en el párrafo segundo, que reza lo siguiente: «*Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado*».

(62) Tal y como se apuntaba con respecto a las cuestiones de competencia, por ejemplo, en la nota al pie n.º 52.

(63) *Vid.* párrafo tercero de la DA 5.<sup>a</sup> de la LOPJ.

(64) En el mismo sentido, FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., *Derecho Penitenciario...*, *op. cit.*, p. 141.

recurso (65) y, por otra parte, que se especifique la preceptiva intervención de la figura del letrado –si bien la habilitación legal que se le otorga al mismo para actuar también en representación del preso ha ocasionado problemas de defensa en fases anteriores del procedimiento, tal y como se mencionará a continuación–.

### 3.2 Problemas graves y recurrentes de naturaleza procesal en materia de permisos

De todo lo anterior puede deducirse que los JVP han sabido hallar la forma de responder a las necesidades de los presos pese al inmovilismo del legislador y, si bien ha de aplaudirse que la jurisdicción haya optado por superar el estancamiento normativo (66), también ha de reconocerse que algunos aspectos de la praxis diaria son fácilmente mejorables.

Así pues, por la magnitud del impacto que generan y por la frecuencia con que suelen manifestarse, las disfunciones de origen procesal que pretenden abordarse en estas páginas –de manera sucinta y sin ánimo exhaustivo– son básicamente dos: las dilaciones que provoca el hecho de que las resoluciones judiciales favorables al reo no vinculen a la administración penitenciaria en su toma de decisiones con respecto a las solicitudes de permisos posteriores y, por otra parte, las dificultades que derivan de la expresa habilitación legal al letrado para representar a su defendido única y exclusivamente en la fase de apelación.

En cuanto a la primera cuestión, interesa mencionar primeramente que el procedimiento de solicitud de permiso puede llegar a dilatarse hasta tres meses –o incluso más, si este coincide con épocas estivales o navideñas– en los casos en que se recurre hasta llegar a la Audiencia Provincial (67). Así pues, el transcurso de todo este tiempo –especialmente en el caso de las personas condenadas a penas de corta dura-

---

(65) Si bien algunos autores critican que el Tribunal sentenciador, que es un órgano sin especialización penitenciaria, sea competente para resolver los recursos de apelación en materia de clasificación. *Vid. ibidem*, p. 160.

(66) La Presidencia del Tribunal Supremo ya sostuvo en el tercer apartado de sus Previsiones de 8 de octubre de 1981 que «no constituyen obstáculo suficiente al ejercicio de las funciones legalmente atribuidas al Juez de Vigilancia la ausencia de normas orgánicas sobre el mismo y de una regulación formal expresa del cauce procedimental en que deba transcurrir su actividad».

(67) Debe tenerse en cuenta que la Fiscalía debe informar la queja y el eventual recurso de reforma que el preso pudiera interponer, por lo que el proceso exige un traslado constante de las actuaciones, debiendo respetarse a su vez los plazos que deben tener dichas audiencias.

ción—, puede suponer una fracción importante del total de la pena que se cumple. En la actualidad, todas las solicitudes de permiso se rigen por el procedimiento anteriormente expuesto, por lo que todas y cada una de las solicitudes es susceptible de poner en marcha el sistema de recursos. Las resoluciones judiciales de la AP, pues, no vinculan ni a la administración ni al JVP en su toma de decisiones con respecto a peticiones posteriores, sino que, por más que una persona pueda encontrarse ya saliendo de permisos con regularidad, todas y cada una de las solicitudes que siga presentando deberán resolverse de forma independiente atendiendo al proceso antedicho (68).

Carece de todo sentido que el sistema de recursos pueda ponerse en marcha una y otra vez cuando el reo solicita salir de permiso si ya está disfrutando de los mismos. Es coherente que el proceso pueda seguirse de inicio a fin cuando el sentido de los autos es desfavorable al interés del penado, pero no una vez que ha obtenido ya el aval de un órgano jurisdiccional. A sabiendas de que éste va a estar vinculado por sus propias resoluciones cada vez que le sea elevado el asunto —siempre que se mantengan las circunstancias en que se hubiera fundado la primera concesión de permisos—, es del todo ineficiente que la Junta de Tratamiento no anticipe tales pronunciamientos para un mejor aprovechamiento de los recursos de que se disponen en la administración y en la judicatura, por una parte, y para una mayor consideración hacia quienes cumplen condena y hacia los fines constitucionales que las penas deben perseguir, por otra. Sobre este asunto se volverá más adelante para tratar de ofrecer algunas propuestas de mejora.

En cuanto a la cuestión que refiere a la habilitación legal del letrado para representar a su defendido única y exclusivamente en la fase de apelación, es de destacar que algunos JVP han optado por la interpretación literal de la DA 5.<sup>a</sup> de la LOPJ para excluir, en detrimento del derecho de defensa de los presos, la actuación del abogado en las fases previas del procedimiento (69). Esta interpretación reduccionista del precepto se traduce, no solo en la imposibilidad de que el letrado actúe en nombre del penado si éste no hubiera designado un procurador, sino también en la exclusión del primero con respecto a

---

(68) De hecho, en la propia Instrucción 1/2012 de Instituciones Penitenciarias sobre permisos de salida y salidas programadas puede leerse que el «*estudio detallado [...] se realizará de forma completa en todos los casos [...] cuando los permisos anteriores hayan sido acordados por el JVP sin que hubiera mediado informe favorable por parte del Equipo Técnico*», por lo que es la propia administración la que regula la posibilidad de que sus resoluciones sigan siendo desfavorables al interés del reo pese a contar éste con el beneplácito de una autoridad jurisdiccional.

(69) En este sentido opera el JVP n.º 5 de Madrid bajo la titularidad de la Magistrada-Juez Torrecilla Collada desde el pasado mes de febrero de 2018.



las notificaciones que deba cursar el JVP –lo cual, como es evidente, incide negativamente en las posibilidades que tiene el penado para defenderse–.

Por supuesto, la LECr ofrece formas de cuestionar esta manera de proceder (70), pero el margen de apreciación de que disponen los Jueces a la hora de interpretar la legalidad vigente dificulta con creces que una interpretación garantista para con el derecho de defensa pueda triunfar en todas las demarcaciones judiciales. Siendo facultativa la intervención de ambos profesionales ante el JVP, lo cierto es que sería pertinente aplicar el principio de legalidad para entender que «*lo no prohibido está permitido*» del mismo modo en que «*lo no permitido está prohibido*». Dado que nada impide al reo dirigirse al Juzgado contando únicamente con el letrado, debe entenderse que lo no prohibido está permitido y que, por tanto, en *pro* del derecho de defensa del reo –que es lo que «*en todo caso*» viene a garantizar la DA 5.<sup>a</sup> LOPJ–, su acceso a la justicia no puede ser obstaculizado por los Juzgados con la exigencia de una procura que el marco normativo penitenciario no preceptúa.

Es inexplicable que algunos Juzgados le exijan al penado la designación de una procura que no va a ser preceptiva en una fase posterior del procedimiento, por lo que, de nuevo, la ralentización que ello supone en la tramitación de los expedientes no corre más que en contra de los propios presos. La propuesta que se realiza a continuación, además de resolver el problema anteriormente tratado sobre la reiteración innecesaria de los procedimientos de queja y apelación, acaba con las disfunciones que tales contradicciones de capacitación profesional generan en la práctica, pues, al fin y al cabo, lo ideal es configurar un sistema de concesión autónomo que pueda prescindir o minimizar el uso del ralentizado amparo judicial.

### 3.3 Propuestas para mejorar la eficiencia, la legitimidad y la seguridad jurídica del sistema

Lejos de querer proponer una automatización plena del proceso de concesión de los permisos de salida (71), sí parecería lógico que el

---

(70) Sin ir más lejos, el art. 221 LECr establece que «*los recursos de reforma, apelación y queja se interpondrán siempre en escrito, autorizado con firma de Letrado*». Del precepto reseñado destaca el *siempre*, pues en el ámbito de lo penitenciario la asistencia profesional para la interposición de la queja y el recurso de reforma se ha configurado como algo facultativo.

(71) Ello se entiende inviable por la imposible objetivación de los factores que se tienen en cuenta a día de hoy para valorar, de acuerdo con las construcciones juris-

mantenimiento de los mismos atendiera a dicho sistema cuando, una vez concedidos, se respetaran las condiciones y los controles que la Junta de Tratamiento hubiera establecido para su disfrute. Es ampliamente sabido por años y años de consolidada jurisprudencia que, mediando la vía del permiso, los Tribunales son partidarios de mantenerse en ella siempre y cuando no se hiciera un mal uso de las salidas o aparecieran muestras de involución en el tratamiento individualizado (72).

Partiendo de esta premisa, pues, es absurdo obligar al preso a la puesta en marcha del sistema de recursos cuando no se hubiera producido ningún incidente de índole negativa durante el disfrute del mismo, pues éste sabe de antemano que la autoridad que le ha concedido la salida –cuando menos, y siempre que se mantuvieran las circunstancias en que se hubiera fundamentado la concesión anterior–, va a estar obligada por el sentido favorable de las resoluciones que hubiera podido dictar previamente. La mera constatación del cumplimiento de las condiciones impuestas por la Junta de Tratamiento para el disfrute del permiso, por tanto, es suficiente a los efectos de poder anticipar que un penado volverá a salir a la calle, y ello con independencia de que la autoridad que proceda a darle ese voto de confianza autorizándole la salida pueda no ser la administrativa.

Pudiendo saberse de antemano cuál va a ser el resultado de un procedimiento judicial que es muy costoso –máxime considerando el estado de los JVP–, pues, cuesta entender que la administración no se anticipe al mismo para, por una parte, ganar en eficiencia, legitimidad y seguridad jurídica; y, por otra parte, evitar los agravios que se oca-

---

prudenciales –que no legales–, si existen circunstancias particulares que pudieran desaconsejar la concesión. Tales factores *pueden ser*, tal y como establecía el JVP n.º 4 de Madrid bajo la titularidad del Ilmo. Sr. D. Mariano Ascandoni Lobato, «*la personalidad del interno solicitante, antecedentes delictivos y la clase de delitos cometidos, su vinculación familiar, el lugar en que se vaya a disfrutar el permiso en caso de concesión y el grupo social al que presumiblemente se vaya a integrar, el tiempo que al interno le resta para cumplir su condena, así como todos aquellos factores, de los que, de alguna manera, se pueda deducir el uso que el interno va a hacer del permiso y de la repercusión que el mismo vaya a tener desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o programa individualizado de tratamiento*». Auto n.º 6427/2017, de 29/11/2017, del JVP, n.º 4 de Madrid.

(72) Dicho criterio resulta coherente con el papel que los permisos de salida juegan en el marco del tratamiento penitenciario. Tal y como apunta RENART GARCÍA, F. en «Las Circulares de 1978 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias: los decisivos eslabones de la reforma penitenciaria», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXII, 2019, pp. 323 y 338, la naturaleza premial de los permisos ordinarios dejó de ser tal cuando a lo largo de 1978 empezaron a proyectarse como piezas clave del tratamiento. En cuanto a la consolidación de la jurisprudencia en este sentido, *vid.* por todas, la STC n.º 24/2005 de 14/02/2005.

sionan a la propia administración, al orden jurisdiccional y, sobre todo, a la persona que cumple condena cada vez que se pone en marcha un sinnfín burocrático –del todo prescindible para estos particulares–. Es evidente que la resolución de los recursos que el penado haya podido interponer puede llegar en un momento posterior al de la formulación de una nueva solicitud y que, en esos casos, la administración pueda no saber si el órgano jurisdiccional va a avalar o no las salidas de una persona, pero es del todo inexplicable –a la par que frecuente en la práctica– que un preso pueda estar saliendo de permiso durante años por la autorización de la Audiencia Provincial, sin que la Junta de Tratamiento o el propio JVP cesen en su negativa.

La propuesta que aquí se realiza, pues, es bien sencilla y de coste cero (73): que el sentido de las resoluciones judiciales vincule a los inferiores jerárquicos del orden jurisdiccional –esto es, al JVP cuando hablamos de la AP– y a la propia administración penitenciaria. El resultado del recurso que eventualmente cabría interponer para elevar la denegación de la solicitud de permiso es fácilmente previsible si la salida se ha disfrutado sin que se quebranten las condiciones que se hubieran impuesto, por lo que anticipar sus efectos a una fase anterior del procedimiento y evitar así una innecesaria dilación no puede más que entenderse en clave de beneficio para la totalidad de los agentes implicados.

El coste de no estar haciéndolo así en la práctica resulta fatídico con independencia de la perspectiva desde la que se analice, pues, si bien ya se ha plasmado la realidad desalentadora de los JVP –sobrecargados de trabajo e infradotados de medios–, preocupa también el impacto y el desgaste que esto produce en el ánimo de las personas y, sobre todo, muy especialmente, en el de los penados. Es evidente que un mal funcionamiento del sistema repercute en la motivación de todos los que intervienen en el proceso de ejecución penal –cuerpo de funcionarios, equipos técnicos, personal de la administración de justicia, abogados...–, pero es indudable también que nadie más que el preso paga las consecuencias de un proceso deficiente.

La obtención de los permisos ordinarios constituye un momento clave en la condena de toda persona que se halle privada de libertad cuando se conceden por primera vez (74). Si bien es reiterado reconocer que los mismos son un instrumento idóneo para la preparación de

---

(73) Salvando el coste que a la administración penitenciaria pudiera ocasionarle la gestión de un mayor número de personas con derecho a salir regularmente, evidentemente.

(74) Al respecto existe incluso el debate de si los permisos de salida constituyen un derecho subjetivo del penado. *Vid.* GONZÁLEZ COLLANTES, T., *El mandato*

la vida en libertad, el fortalecimiento de los vínculos familiares, el estímulo a la buena conducta, el sentido de responsabilidad y el desarrollo de la personalidad (75), es difícil representar con palabras el impacto de ese momento en la vida del penado y de su entorno. A partir de la concesión del primer permiso de salida, que es un claro punto de inflexión en el cumplimiento de la condena de prisión, el recluso podrá tener la opción de volver a proyectar su vida en el exterior. Ganará en autonomía, en confianza y en seguridad propia. Podrá relativizar los efectos negativos y disociadores de la pena de prisión. Disfrutará de sus seres más cercanos sin que un cristal los separe de ellos y podrá aspirar a la obtención de un régimen de semilibertad en un futuro próximo (76).

En cualquier caso, los permisos ordinarios son una inyección indudable de confianza y responsabilidad, por lo que es preciso mejorar los aspectos procesales de su régimen jurídico para no trabar la motivación de los reclusos. Tras la concesión de las salidas ordinarias es habitual que los penados tengan puestos sus puntos de mira en el régimen de semilibertad o de tercer grado –que es el siguiente escalafón hacia la libertad–, así que, en *pro* de los fines constitucionales de la pena, es imprescindible no desmerecer esa predisposición a la progresión mediante la imposición de obstáculos que no tienen fundamento (77).

Que hallados en este punto deban emprender el sistema de recursos para ver cómo se demoran sus solicitudes de permiso es del todo contraproducente –máxime teniendo en mente el art. 25.2 CE–, pues, además de generar una gran desconfianza hacia la administración penitenciaria –que se ve deslegitimada por no atenerse al sentido de las resoluciones jurisdiccionales–, se ralentizan las progresiones al tercer grado y se siguen sobrecargando unos Juzgados de por sí ya saturados. Una mayor fluidez en estos términos, en resumidas cuentas, beneficiaría en su conjunto a todos los agentes de la ejecución penitenciaria y, sobre todo, muy especialmente, a las personas que se hallan cumpliendo condena privativa de libertad.

---

*resocializador del art. 25.2 de la Constitución: doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 85 y ss.

(75) En este sentido, STC n.º 112/1996 de 24/06/1996.

(76) Sobre las dificultades de acceso al sistema progresivo sin el previo disfrute de permisos penitenciarios, *vid.* LARRAURI, E., «Se inventan sus leyes... *op. cit.*», p. 44.

(77) Sobre las dificultades que los penados encuentran a la hora de acceder al tercer grado, *vid.* NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Mitos y realidades sobre el cumplimiento de la pena de prisión: análisis cuantitativo y cualitativo del acceso al tercer grado y a la libertad condicional» en *La Ley Penal*, n.º 134, 2018.

#### 4. CONCLUSIONES

Las conclusiones que pueden arrojarse son las siguientes:

Primera. Sigue siendo imprescindible que el legislador penitenciario abandone su estado de letargo para aprobar la tan necesaria, esperada y reclamada ley procesal de ejecución penal.

Los cuarenta años que han transcurrido desde la aprobación de la Ley Orgánica General Penitenciaria han sido más que suficientes para comprobar que las garantías de una ley exclusivamente sustantiva no bastan a los efectos de blindar los derechos más elementales de los reclusos. La vertiente procesal del Derecho está intrínsecamente vinculada con las exigencias de la tutela judicial efectiva, por lo que, siendo el consagrado en el art. 24 CE un derecho imprescindible para la defensa de los demás fundamentales, es preciso que se establezcan y se blinden las garantías de que es acreedor.

Segunda. La función que el legislador ha encomendado a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria es merecedora de un mayor compromiso por parte de los poderes públicos.

Si bien es cierto que las mejoras penitenciarias no otorgan el rédito electoral que tanto se anhela desde los partidos políticos, es indiscutible que los Jueces –los del orden penal en general y, dentro del mismo, los JVP de forma específica– ejercen una función clave en la política criminal del Estado. La dejadez y el olvido a que han sido condenados quienes se dedican a fiscalizar la ejecución penitenciaria juega en contra de toda la sociedad, pues es imposible garantizar la reeducación y la reinserción social de quienes se encuentran cumpliendo condena si a tal fin no se destinan los recursos que precisa una debida ejecución con garantías.

Tercera. Los permisos de salida forman parte de la política de reinserción penitenciaria y constituyen un instrumento sin parangón para la preparación de la vida en libertad, así como también para el incremento de la seguridad colectiva mediante la reducción de la reincidencia.

Dado que no cabe ninguna duda sobre la incardinación de las salidas ordinarias en el marco del tratamiento penitenciario, es del todo rechazable que los permisos puedan ser concebidos como una medida de gracia o de recompensa por parte de la administración o la judicatura. La paulatina progresión al medio abierto debe contemplarse con respecto de todas las personas privadas de libertad por congruencia con lo dispuesto en el art. 25 CE, por lo que las condiciones procesales de acceso, mantenimiento y revocación del régimen de permisos

ordinarios deberían estipularse con un mayor nivel de certeza que se adecuara a las exigencias del principio de seguridad jurídica.

Cuarta. Carece de todo sentido que una persona que ya está disfrutando de permisos regulares pueda tener que poner en marcha el sistema de recursos para poder seguir disfrutando de ellos.

El sentido de los autos dictados por la AP o el JVP en materia de salidas no vincula a las Juntas de Tratamiento en las solicitudes que el preso pueda formular *a posteriori*, por lo que es del todo plausible –y absurdo– que el mismo pueda volver a toparse con la negativa de la administración –e incluso del JVP– cuando ya está saliendo a la calle con regularidad. La puesta en marcha del sistema de recursos tiene un coste muy elevado cualquiera que sea la perspectiva desde la que se analice, por lo que sería interesante que la mera constatación del cumplimiento de las condiciones impuestas para el disfrute del permiso sirviera a su vez para autorizar automáticamente el disfrute del siguiente.

Quinta. Si bien es cierto que las mejoras jurisdiccionales del ámbito penitenciario requerirían una mayor inversión pública –tal y como puede pregonarse de prácticamente cualquier mejora que quisiera acometerse en el ámbito de la Justicia en general–, la posibilidad de adoptar medidas de coste cero para aligerar el día a día de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria pasa, en primer lugar, por mostrar un mayor interés en la fase de ejecución de la condena.

Los cuarenta años que han transcurrido desde la aprobación de la LOGP han evidenciado la falta de voluntad política con respecto a lo que afecta a la ejecución de las penas privativas de libertad. Las prisiones ofrecen una realidad jurídica compleja que, a su vez, puede ser origen de tensiones sociales inevitables, pero la revalorización de un proceso de jurisdiccionalización que fue hartamente reconocido en su época no es opcional en un Estado que dice abocar las penas a la reeducación y la reinserción social.

## 5. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES CONSULTADAS

### **Bibliografía y recursos en línea**

ALONSO DE ESCAMILLA, A., «Las nuevas competencias del Juez de vigilancia penitenciaria», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXXII, 2019.

- BENÍTEZ YÉBENES, J. R., *El Procedimiento de actuación ante los Órganos de la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2016.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coord.) y VVAA, *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo VI. Derecho Penitenciario*, 2.ª ed., Iustel, Madrid, 2016.
- CAROU GARCÍA, S., «El principio de legalidad en el Derecho penitenciario español. Especial referencia al régimen penitenciario cerrado» en *InDret*, n.º 4/2017.
- CERVELLÓ DONDERIS, V., *Derecho Penitenciario*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XVI Reuniones celebradas entre 1981 y 2007*, edita el Consejo General del Poder Judicial. Disponible en línea: <http://www.derechopenitenciario.com/documents/CriteriosJVP-refundidos-enero-2008.pdf> [último acceso de 10/09/2019].
- FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., *Guía Práctica de Derecho Penitenciario 2017: adaptada a la LO 1/2015, de reforma del Código Penal, y a la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito*, Sepin, Madrid, 2016.
- FERNÁNDEZ APARICIO, J. M., *Derecho Penitenciario. Comentarios prácticos*, Sepin, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. y NISTAL BURÓN, J., *Derecho Penitenciario*, Aranzadi, Navarra, 2016.
- GARCÍA VALDÉS, C., *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Civitas, 1980 (reimpresión de 1995).
- GONZÁLEZ COLLANTES, T., *El mandato resocializador del art. 25.2 de la Constitución: doctrina y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- LARRAURI, E., «Se inventan sus leyes»: ¿Qué criterios se deben valorar en la concesión de permisos de salida?» en *Jueces para la Democracia*, n.º 94, marzo 2019, pp. 43-58.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «Derechos fundamentales entre rejas: Algunas reflexiones acerca de los derechos fundamentales en el ámbito penitenciario, al tiempo que un comentario de la jurisprudencia constitucional al respecto» en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 51, Fasc/ Mes 1-3, 1998.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *Los permisos ordinarios de salida: Régimen jurídico y realidad*, Edisofer, Madrid, 2002.
- NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., «Mitos y realidades sobre el cumplimiento de la pena de prisión: análisis cuantitativo y cualitativo del acceso al tercer grado y a la libertad condicional» en *La Ley Penal*, n.º 134, 2018.
- PEITEADO MARISCAL, P., «Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria: aspectos generales y caracteres orgánicos» en *La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad*, Edersa, Madrid, 2000. Disponible en línea: [https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/juzgados-vigilancia-caracteres-organicos-302778?\\_ga=2.147923060.290356420.1569228735-1267371381.1569228735](https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/juzgados-vigilancia-caracteres-organicos-302778?_ga=2.147923060.290356420.1569228735-1267371381.1569228735) [último acceso de 10/09/2019].

- RACIONERO CARMONA, F., «El proceso de reforma de la ejecución de la pena privativa de libertad: una visión de conjunto», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.º 17, septiembre, 2003. Disponible en línea: [http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM\\_Revista\\_FP&cid=1109168498707&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168491182&language=es&paginaName=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome\\_RJU&siteName=CM\\_Revista\\_FP&urlPage=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome\\_RJU](http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1109168498707&esArticulo=true&idRevistaElegida=1109168491182&language=es&paginaName=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU&siteName=CM_Revista_FP&urlPage=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU) [último acceso de 10/09/2019].
- RENART GARCÍA, F., «Las Circulares de 1978 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias: los decisivos eslabones de la reforma penitenciaria», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXXII, 2019, pp. 311-345.
- RODRÍGUEZ ALONSO, A., *Lecciones de Derecho Penitenciario adaptadas a la normativa legal vigente*, 2.ª ed., Comares, Granada, 2001.
- ZARAGOZA HUERTA, J., *Derecho Penitenciario español*, Elsa G. de Lazcano, México, 2007.

## Jurisprudencia y legislación

- Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial. *BOE* n.º 313, de 30/12/1988.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, *BOE* n.º 236, de 02/10/2015.
- Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. *BOE* n.º 239, de 05/10/1979.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *BOE* n.º 157, de 02/07/1985.
- Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario [parcialmente derogado]. *BOE* n.º 149, de 23/06/1981.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *BOE* n.º 260, de 17/09/1882.
- STC n.º 112/1996 de 24/06/1996.
- STC n.º 24/2005 de 14/02/2005.

## Documentación institucional

- BOE* n.º 136, de 07/06/1985.
- BOE* n.º 174, de 22/07/1981.
- BOE* n.º 187, de 06/08/1981.
- BOE* n.º 276, de 18/11/1983.
- BOE* n.º 8, de 09/01/1985.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL:

*Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XVI Reuniones celebradas entre 1981 y 2007*, edita el Consejo General del Poder Judicial. Disponible en línea:



- <http://www.derechopenitenciario.com/documents/CriteriosJVP-refundidos-enero-2008.pdf> [último acceso de 10/09/2019].
- Criterios y Acuerdos sobre la especialización del Juez de Vigilancia Penitenciaria*, aprobados en el Encuentro de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, celebrado en Málaga los días 29 a 31 de mayo de 2017. Disponible en línea: <https://juristadeprisiones.com/wp-content/uploads/2018/07/Criterios-y-acuerdos-de-los-JVP-2017.pdf> [último acceso de 20/02/2020].
- Instrucción 1/2012 de Instituciones Penitenciarias sobre permisos de salida y salidas programadas. Disponible en línea: [http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/instruccionesCirculares/CIRCULAR\\_1-2012.pdf](http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/instruccionesCirculares/CIRCULAR_1-2012.pdf) [último acceso de 20/02/2020].
- Previsiones de la Presidencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1981, *Poder Judicial*, n.º 1, 1981, pp. 71 y ss.
- Proyecto de Ley Orgánica reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, VI Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, n.º 41-1, asunto 121/000038, de 29/04/1997.
- Recomendación 24/1994 sobre creación y funcionamiento de determinados Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, V Legislatura, Serie A: Actividades parlamentarias, n.º 50, de 21/03/1995.

## PREMIO SUSANA HUERTA DE DERECHO PENAL

*El pasado 27 de noviembre de 2019 se celebró la I Edición del Premio Susana Huerta de Derecho Penal, organizado por el Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid. El jurado, compuesto por la Prof.<sup>a</sup> Dra. Dña. Adela Asúa Batarrita (Catedrática de Derecho Penal de la UPV, Ex Vicepresidenta del Tribunal Constitucional), el Prof. Dr. D. Enrique Gimbernat Ordeig (Catedrático de Derecho Penal de la UCM, Director del Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales) y la Prof.<sup>a</sup> Dra. Dña. Mercedes Pérez Manzano (Catedrática de Derecho Penal de la UAM, Ex Letrada del Tribunal Constitucional), acordó conceder el primer premio a Dña. Marta Ruiz de Velasco Pérez, procedente de la Universidad de León por el trabajo titulado «Protección de la intimidad a través de la salvaguarda de las imágenes o grabaciones realizadas con consentimiento, pero difundidas sin dicho consentimiento», que publicamos en la presente Sección. El premio accésit fue concedido a Dña. Camila Morapasten Almonacid, de la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, por el trabajo titulado «En busca de un bien jurídico penalmente protegible en los casos de manipulaciones deportivas».*

### Protección de la intimidad a través de la salvaguarda de las imágenes o grabaciones realizadas con consentimiento, pero difundidas sin dicho consentimiento

MARTA RUIZ DE VELASCO PÉREZ

Magíster en Derecho de la Ciberseguridad y Entorno Digital  
Facultad de Derecho. Universidad de León (1)

#### RESUMEN

*Internet, el gran invento del siglo xx, ha revolucionado la sociedad. Resulta indudable que esta revolución tecnológica-social ha aportado aspectos muy positivos, pero también ha supuesto la aparición de nuevos tipos delictivos que emplean como medio comisivo las TICs. Por esto mismo, el legislador se ha visto en la necesidad de tipificar nuevas conductas como la que hoy es objeto de estudio, la difusión inconsentida de imágenes obtenidas con consentimiento siempre y cuando supongan un menoscabo grave a la intimidad, introducida ex novo en nuestro CP a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo. En las siguientes páginas desarrollaremos el origen de*

---

(1) Este trabajo resultó ganador del I Premio Susana Huerta de Derecho Penal. En primer lugar, quisiera agradecer al Tribunal evaluador compuesto por los profesores doctores D. Enrique Gimbernat Ordeig, Dña. Adela Asúa Batarrita y Dña. Mercedes Pérez Manzano tanto la valoración de este trabajo como las apreciaciones y observaciones que han contribuido a la mejora del mismo. En segundo lugar, este artículo trae causa del Trabajo Fin de Máster presentado en el Máster en Derecho de la Ciberseguridad y Entorno Digital de la Facultad de Derecho de la Universidad de León y ha sido dirigido por la profesora doctora Dña. Isabel Durán Seco a quien agradezco su esfuerzo, paciencia y criterio a la hora de corregirlo, así como su aliento para presentarlo al premio.

*su regulación, cuál es el bien jurídico protegido, quiénes son los sujetos que tendrían responsabilidad penal, así como el resto de requisitos que son necesarios que se cumplan para que se dé el tipo.*

*Palabras clave: Intimidación, Sexting, Reforma del Código Penal, Obtención consentida, Difusión sin autorización.*

## ABSTRACT

*Internet, the greatest xx century's invention and symbol of nowadays, has revolutionized society. It is undeniable that this technological-social revolution has contributed to a great deal of positive aspects, but it has also led to the emergence of new criminal types that use ICTs as a criminal mode. For these facts, the legislator has noticed the necessity to typify new behaviours, such as the one we are exposing today, the non-dissemination of images obtained with consent as long as they suppose a serious impairment to privacy, introduced ex novo in our CP through LO 1/2015, March 30th. In the following pages we will develop the origin of its regulation, what the protected legal good is, who the subjects that would have criminal responsibility are, as well as the other requirements that are necessary to be met for the mentioned type to be given.*

*Keywords: Privacy, Sexting, Reform of the Criminal Code, Obtained consent, Dissemination without authorization.*

SUMARIO: I. Origen de la regulación penal.–II. El delito de difusión no consentida de imágenes y/o grabaciones íntimas (art. 197.7 CP). 1. Bien jurídico protegido. 2. Análisis del tipo básico. 2.1. Tipo Objetivo. 2.1.1. Sujetos del delito y responsabilidad de terceros difusores. 2.1.2. Objeto material del delito. 2.1.3. Conducta típica. 2.1.4. Requisito espacial del delito. 2.1.5. Resultado lesivo: grave menoscabo de la intimidad personal. 2.2. Tipo subjetivo. Dolo y error de tipo.–III. Bibliografía.–IV. Anexo jurisprudencial.

## I. ORIGEN DE LA REGULACIÓN PENAL

Una de las modificaciones que se añaden a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, es la del art. 197 CP, incluido en el Título X «*Delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*». Este artículo fue objeto de varias novedades, siendo una de ellas la introducción en su apartado séptimo de la con-

ducta denominada por muchos autores *sexting* (2), aunque es, en mi opinión, una terminología que puede inducir a confusión, no siendo del todo correcto calificar así este delito. Intentando justificar mi opinión, en primer lugar, debemos atender a qué se entiende por *sexting* (3) pudiendo acudir, a pesar de que aún no existen definiciones legales, a la definición ofrecida por la RAE como «*el envío de imágenes o mensajes de texto con un contenido sexual explícito a través de un dispositivo electrónico, especialmente un teléfono móvil*». Como vemos, la práctica del *sexting* en sí no solo constituye una práctica lícita, sino que es una secuela lógica de los avances tecnológicos que facilitan nuevas formas de comunicación e interacción social (4). Por lo tanto, lo único que sí podría llegar a tener relevancia penal sería la posterior difusión de las imágenes o grabaciones sin consentimiento. Además, en segundo lugar, atendiendo a lo que recoge en concreto el art. 197.7 CP, «*será castigado por este delito quien con dicha divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de la persona*», en este caso, vemos como el delito no solo se perpetúa cuando las imágenes o grabaciones afecten a la sexualidad del individuo (5) sino que va

(2) En el mismo sentido, ARNAIZ VIDELLA, *La Ley*, n.º 8995, de 7 de junio de 2017, p. 5, quien determina que la redacción del apartado séptimo del art. 197 CP se realizó como un intento de atar en corto la práctica del *sexting*. ALMENAR PINEDA, 2018, pp. 36, 43, 102, haciendo una enumeración de las clases de ciberdelincuencia atendiendo a cómo inciden las nuevas tecnologías en la conducta criminal y diferenciando entre ciberataques puros, de réplica y de contenido. Siendo, en este sentido, el que nos interesa el ciberataque réplica ya que es donde sitúa al «*sexting*». Por otro lado, PÉREZ CONCHILLO, 2018, pp. 54, 55, aunque a lo largo de todo su libro califica de *sexting* la conducta recogida en el art. 197.7 CP (basta mirar el título de su trabajo), sin embargo, posteriormente hace una pequeña aclaración al respecto diciendo que el art. 197.7 CP no se refiere solo a la difusión inconsciente de *sexting* ajeno, aunque es claro que está en su origen, sino a cualquier difusión no autorizada de imágenes o videos que afecten de forma grave a cualquier faceta de la intimidad personal. COMES RAGA en: LLORIA GARCÍA (Direct.) / CRUZ ÁNGELES (Coord.), 2019, p. 167 quien dice que este precepto (197.7 CP) viene a colmar un vacío legal, en sede de intimidad, respecto de la difusión inconsciente a terceros de *sexting* ajeno.

(3) El *sexting* es un neologismo compuesto por la fusión de dos términos provenientes del inglés: *sex* (sexo) y *texting* (textos). Así lo establecen entre muchos otros, FERNÁNDEZ NIETO, *La Ley*, n.º 8714, de 3 de marzo de 2016, p. 2; DÍAZ TORREJÓN, 2017; PÉREZ DÍAZ, *La Ley*, n.º 9039, de 12 de septiembre de 2017, p. 3; SÁNCHEZ SÁNCHEZ en: LÓPEZ ORTEGA (Direct.) / SALÓN PIEDRA/ VALENZUELA YLIZARBE (Coords.), 2017, p. 201; DE LAS HERAS VIVES, 2018, p. 571; PERIS HERNÁNDEZ/ MAGANTO MATEO, 2018, p. 77.

(4) COMES RAGA, *LLP*, n.º 105, noviembre-diciembre 2013.

(5) Crítica en este caso ZARAGOZA TEJADA, *RAD*, n.º 2, 2019 a aquellos que consideren excesivo acudir a este tipo penal cuando las imágenes no tuvieran un contexto sexual y esto lo justifica diciendo que, en la actualidad, durante el desarrollo de la vida cotidiana, pueden ser tomadas cualquier imagen o grabaciones de carácter

mucho más allá siendo necesario que se menoscabe gravemente la intimidad de la persona. Dicho todo esto, comparto la opinión de De las Heras Vives quien señala que referirse al delito de *sexting* como aquel que recoge el art. 197.7 CP sería una *boutade* y altamente impreciso, calificando dicha conducta como inocua según el derecho penal vigente (6).

Tras esta aclaración, el delito recogido en el art. 197.7 CP se trata, por lo tanto, de la difusión inconsentida de imágenes íntimas obtenidas con consentimiento de la víctima, lo cual difícilmente era encuadrable en el anterior art. 197 CP, dado que el tipo penal exigía que las imágenes o grabaciones audiovisuales, que posteriormente iban a difundirse, se hubieran obtenido sin consentimiento de la persona cuya intimidad resultaba vulnerada y lo que caracteriza al supuesto que nos ocupa es que dichas imágenes se obtienen con anuencia de la persona afectada y una expectativa de privacidad.

Antes de la introducción de forma expresa en el Código Penal esta conducta se consideraba atípica penalmente desde el punto de vista de la intimidad, dado que no encontraba tipicidad en ninguno de los apartados del art. 197 CP (7), siendo en muchas ocasiones objeto de pronunciamientos absolutorios (8). Otras soluciones que plantearon tanto la doctrina como la jurisprudencia fueron castigar este tipo de conductas en el orden penal como un delito de injurias

---

íntimo que, sin ser sexuales, pueden suponer una grave afectación de la intimidad debiendo ser objeto estos comportamientos también de sanción penal. Baste citar, como ejemplo, imágenes que revelen creencias religiosas, la orientación política, prácticas espirituales etc.

(6) Lo fundamenta el autor en que no hay nocividad en el hecho de que una persona mayor de edad, con plena capacidad de obrar, desarrolle su sexualidad a través del envío de mensajes o imágenes eróticas. DE LAS HERAS VIVES, 2018, p. 572. También encontramos esta opinión en otro artículo muy reciente del mismo autor DE LAS HERAS VIVES, 2019. En el mismo sentido, ZARAGOZA TEJADA, *RAD*, n.º 2, 2019.

(7) Como excepción puede verse, SJP Pamplona 310/2015, de 2 de diciembre, donde al no estar vigente en ese momento el art. 197.7 CP, el juez decide castigar los hechos por el art. 197.2 CP. En este sentido, también es interesante SAP Madrid 515/2018, de 19 de julio, donde unos hechos muy parecidos a los de la precitada sentencia, al ya estar vigente la reforma, se castigan por el art. 197.7 CP.

(8) Véase en este sentido, SAP Granada 351/2014, de 5 de junio de 2014, donde a pesar de que la sentencia alude a la futura redacción del artículo 197 CP, esa acción en el momento de los hechos aún carecía de tipicidad. Por lo tanto, finalmente el juez acaba absolviéndoles. También puede verse, SAP Granada 486/2014, de 18 de septiembre; SAP Islas Baleares 197/2017, de 31 de julio; SAP Gran Canarias 81/2017, 14 de marzo, esta última afirma que la única conclusión cierta es que lo ocurrido acaeció entre septiembre de 2014 y junio de 2015 «y por tanto antes de la entrada en vigor de la reforma operada en el C. Penal, fecha en la que no estaba penalizada la conducta objeto de análisis».

graves con publicidad (art. 209 CP) (9) o como un delito contra la integridad moral (art. 173.2 CP) (10) o acudir al reproche a través del orden civil (11), en concreto por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen [en adelante, *LOPHIPI*]. Estas soluciones jurisprudenciales no resultarían satisfactorias para los

---

(9) En este sentido, aunque mayoritariamente descartan esta solución, ANDRINO CARRASCO/ MOYA FUENTES/ OTERO GONZÁLEZ en: ÁLVAREZ GARCÍA (Direct.)/ DOPICO GÓMEZ-ALLER (Coord.), 2013, pp. 709-710; PÉREZ CONCHILLO, 2018, p. 60; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en: BACIGALUPO SAGGESE/ FEIJOO SÁNCHEZ/ ECHANO BASALDUA (Coords.), 2016, p. 1042, considerando este autor que, pese a que dicha conducta también puede llegar a lesionar la dignidad del protagonista y menoscabar su fama, la respuesta a la inclusión en este tipo ha de ser negativa, atendiendo a que el ataque al honor es tangencial, por lo tanto, si el legislador antes de la reforma no lo había castigado por un delito contra la intimidad que es de mucha más entidad, tampoco debería ser punible la vulneración al honor que es mucho menos directa y evidente que aquella; y, además, el Código Penal excluye del delito de injurias aquellas conductas que consistan en la imputación de hechos, «salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad» (art. 208, párrafo 3.º). Dicho lo anterior, continúa señalando, difundir imágenes íntimas se trata, de un modo u otro, de atribuir a un tercero unos hechos determinados que ciertamente ha realizado. Por lo tanto, el deshonor que pudiera entenderse que conllevan ciertas actuaciones negativas, en caso de ser ciertas, no es consecuencia tanto de su revelación por un tercero como sí de su realización por el propio sujeto. Por su parte COMES RAGA, *LLP*, n.º 105, noviembre –diciembre 2013, señala que no basta y sería incauto siquiera pensarlo, dejar únicamente en manos del delito de injurias una conducta que, ciertamente, posee una riqueza de matices tal que este delito no agotaba en su integridad. En cuanto a la jurisprudencia en idéntico sentido, SAP Lleida 90/2004, de 25 de febrero; SAP Palencia 32/2006, de 28 de junio; SAP Barcelona 972/2014, de 14 de octubre, en las que, al no poder apreciarse un delito contra el bien jurídico intimidad del entonces art. 197 CP, se castigan por injurias graves con publicidad del art. 209 CP considerándose, de este modo, no un delito contra la intimidad sino un ataque al honor de la víctima.

(10) En este sentido, ZARAGOZA TEJADA, *RAD*, n.º 2, 2019, quien considera que podría ser castigado por un delito contra la integridad moral en aquellos casos en que la distribución de las imágenes ocasionara un grave menoscabo de la integridad moral de la víctima. Puede verse, la ya citada SJP Pamplona 310/2015, de 2 de diciembre, donde se castiga por un delito del art. 197.2 CP y por un delito contra la integridad moral (art. 173.2 CP).

(11) Si bien, es cierto que siempre es posible acudir a la vía civil en busca de amparo en estas conductas conforme al art. 7.5 de la *LOPHIPI*. Como ejemplo en este sentido, puede citarse: SAP Bilbao 39/2014, de 19 de febrero. En este caso no se pudo llegar a castigar por el orden penal a quienes difundieron en la red las imágenes, dado que no fueron los primeros difusores, pero sí podrían llegar a tener responsabilidad civil a través de la *LOPHIPI*, en concreto por el art. 7.5 de dicha ley. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en: BACIGALUPO SAGGESE/ FEIJOO SÁNCHEZ/ ECHANO BASALDUA (Coords.), 2016, p. 1022.

hechos concretos, dado que no se trata tanto de un ataque al honor ni a la propia imagen, como sí a la intimidad de la persona (12).

Siguiendo esta línea, la introducción de este nuevo ilícito, el cual ya se proponía en el Anteproyecto de Ley (13), conllevó una división doctrinal donde se plantea si es necesario o no proteger la expectativa de intimidad de quienes han renunciado a ella a través de la toma o envío de determinadas imágenes íntimas pudiéndonos convertir a todos en obligados de sigilo (14). Considero positiva la inclusión expresa de esta conducta, y aunque valoro la posición de los autores contrarios a su tipificación (15) que alegan el principio de intervención mínima y *ultima ratio* del Derecho Penal, entiendo que con el vertiginoso avance tecnológico es necesario actualizar el Código Penal a las nuevas formas de ataque a bienes jurídicos tradicionales. Además, justifico mi posición alegando que, si bien es cierto que el sujeto, en un primer momento, de forma voluntaria se despoja de su intimidad, esto no debería implicar ningún obstáculo para exigir una protección frente a una difusión posterior no consentida (16).

A la hora de hablar de este delito, resulta totalmente inevitable mencionar el caso más conocido a nivel mediático, que fue, sin lugar a dudas y aceptado así por la mayoría de la doctrina (17), el que pro-

---

(12) PÉREZ CONCHILLO, 2018, pp. 61, 62.

(13) Se debe aclarar que en el texto del Anteproyecto de Ley la regulación de esta conducta se encontraba en el art. 197.4 bis y, posteriormente, tras su paso del Congreso al Senado y su posterior incorporación definitiva al texto de la reforma del Código penal 1/2015, quedó ubicado en el art. 197.7 CP.

(14) MORALES PRATS, *RDPP*, n.º 31, mayo-agosto 2013, considera que no era precisa ni adecuada la Reforma del Código Penal. En este sentido, señala que con la evolución de las nuevas tecnologías no se puede aceptar que todos los ciudadanos se conviertan en confidentes necesarios respecto de las imágenes íntimas que otros pueden enviarles voluntariamente, por lo que la regulación de este delito podría acabar construyendo una obligación penal de amplísimo espectro, que puede acabar constituyendo un límite inaceptable para la libertad de información.

(15) En opinión contraria a la tipificación expresa de este tipo de conductas puede verse, entre otros, MORALES PRATS en: ÁLVAREZ GARCÍA (Direct.)/ DOPICO GÓMEZ-ALLER (Coord.), 2013, p. 714; CASTELLÓ NICÁS en: MORILLAS CUEVA (Direct.), 2015, p. 498; PÉREZ DÍAZ, *La Ley*, n.º 9039, de 12 de septiembre de 2017; DE LAS HERAS VIVES, 2018, p. 665.

(16) Considerando positiva la inclusión de este delito en el Código Penal, puede verse, ANDRINO CARRASCO/ MOYA FUENTES/ OTERO GONZÁLEZ en: ÁLVAREZ GARCÍA (Direct.)/ DOPICO GÓMEZ-ALLER (Coord.), 2013, pp. 709-710; VILLEGAS GARCÍA, *AJA*, n.º 876, 2014, p. 7; COLÁS TURÉGANO en GONZÁLEZ CUSSAC (Direct.)/ GÓRRIZ ROYO/ MATALLÍN EVANGELIO (Coord.), 2015, p. 666; GONZÁLEZ COLLANTES, *RDPCr*, n.º 13, 2015, p. 68; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS en: MORILLAS CUEVA (Direct.), 2016, p. 318.

(17) Así entre otros, MORALES PRATS, *RDPP*, n.º 31, mayo-agosto 2013; OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, *RDPP*, n.º 35, julio-septiembre 2014; ARNAIZ VIDELLA, *La*

pulsó la regulación de esta conducta en el CP (18). En este supuesto, una concejala del ayuntamiento de Los Yébenes envió un video con alta carga de contenido sexual explícito al que era en ese momento su amante (19), quien, posteriormente, lo difundiría sin su consentimiento, llegando el video a hacerse viral (20).

En este caso se produjo el archivo de las actuaciones (21) dado que la problemática y peculiaridad en ese momento radicaba en que, si bien la grabación y posterior envío por parte de la ex concejala con motivo de la relación que mantenía con el futbolista fue totalmente voluntaria y consentida, la verdadera complejidad estribaba en que su posterior difusión, por parte del legítimo receptor, se produjo sin su consentimiento y, faltando, de este modo, a las expectativas de confianza y confidencialidad más o menos razonables que había depositado en él, dañando así gravemente su intimidad personal (22). Aunque también existieron críticas (23), tras lo expuesto y por lo mediático que fue, este caso pasó a convertirse en la mecha perfecta para encender las alarmas y provocar un ejercicio de conciencia, no solo social (24), sino también política dejando ver una posible laguna jurí-

---

Ley, n.º 8995, de 7 de junio de 2017; MAGRO SERVET, *LLP*, n.º 137, marzo-abril de 2019.

(18) Más recientemente puede verse el llamado «Caso Iveco», donde una mujer se suicidó al conocer que circulaba en la red un video suyo íntimo. Al ser tan reciente no es posible encontrar referencias estrictamente jurídicas por lo que deberemos esperar a que se dicte sentencia para obtener una respuesta clara de los hechos.

(19) ALTOZANO, 2019.

(20) Que un video llegue a hacerse viral en la red, se identifica con lograr que un contenido alcance en poco tiempo, a través de los mecanismos de la red, a usuarios que no forman parte de su target o público objetivo o, dicho de otro modo, que se expanda más allá de las posibilidades previstas en un breve período de tiempo. PICAZO SÁNCHEZ, 2017, p. 17.

(21) La Jueza dictó un Auto desestimando criminalizar a los culpables de la difusión de las grabaciones argumentando en este sentido que *«la víctima confesionó voluntariamente el referido video en la privacidad de su domicilio, usando al efecto el teléfono móvil, y posteriormente, lo envió al imputado, concurriendo igual voluntariedad y ánimo, en diversas ocasiones. Este elemento subjetivo y volitivo, esto es, la plena voluntariedad y consentimiento de la denunciante en el envío del citado video a través de su teléfono móvil al imputado, quiebra desde el inicio la posible subsunción de los hechos denunciados en un delito contra la intimidad»*. Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Orgaz de 15 de marzo de 2013.

(22) En el mismo sentido, ARNAIZ VIDELLA, *La Ley*, n.º 8995, de 7 de junio de 2017; PÉREZ CONCHILLO, 2018, p. 19.

(23) Hay quien critica la forma de legislar «ad hoc» la cual no es precisamente un ejemplo en materia de desarrollo normativo, OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, *RDPP*, n.º 35, julio-septiembre 2014, p. 2.

(24) DE LAS HERAS VIVES, 2018, p. 558, señala que en concreto el derecho penal no descansa en una alumbración mística que lleva al legislador a la creación de



dica en la protección de la intimidad que hizo que desde el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad propusieran al Ministerio de Justicia la previsión en nuestro Código Penal de este tipo de conductas (25).

## II. EL DELITO DE DIFUSIÓN NO CONSENTIDA DE IMÁGENES Y/O GRABACIONES ÍNTIMAS (ART. 197.7 CP)

### 1. Bien jurídico protegido

En cuanto al bien jurídico protegido que se pretende tutelar a partir del art. 197.7 CP, no hay duda de que es principalmente la intimidad (26). Pero, en mi opinión, debemos añadir a esta necesariamente el derecho a la propia imagen (27), dado que el objeto material del

---

nuevas figuras delictivas, sino que su existencia está inexorablemente vinculada a la realidad social y a la visión político criminal de quienes hacen las normas. Siendo este caso el precedente a la regulación de esta conducta.

(25) En el mismo sentido, DE LAS HERAS VIVES, 2018, p. 563; MAGRO SERVET, *LLP*, n.º 137, marzo-abril 2019.

(26) De este modo lo establecen, COMES RAGA, *LLP*, n.º 105, noviembre – diciembre 2013, quien expone que la regulación de este delito viene a colmar un vacío legal en sede de intimidad; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS en: MORILLAS CUEVA (Direct.), 2016, p. 306, dice que el bien jurídico protegido fundamentalmente es la intimidad personal; ROMEO CASABONA en: ROMEO CASABONA/ SOLA RECHE/ BOLDOVA PASAMAR (Coords.), de 30 de marzo, 2016, pp. 254-255, también considera como bien jurídico protegido la intimidad pero además concreta que se trata de la intimidad personal y familiar; PÉREZ CONCHILLO, 2018, pp. 39, 40, quien llega a la conclusión de que el único bien jurídico protegido es la intimidad. Llegando incluso algunos autores a estar de acuerdo con cambiar la rúbrica adoptada en el Título X por «*Delitos contra la intimidad*». En el mismo sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en: BACIGALUPO SAGGESE/ FEIJOO SÁNCHEZ/ ECHANO BASALDUA (Coords.), 2016, p. 1022; MORALES PRATS en: QUINTERO OLIVARES (Direct.)/ MORALES PRATS (Coord.), 2016, p. 1431; PÉREZ CONCHILLO, 2018, p. 39, 40.

(27) En el mismo sentido se plantean el derecho a la propia imagen como derecho autónomo, JAREÑO LEAL en: BOIX REIG (Direct.)/ JAREÑO LEAL (Coord.), 2010, pp. 109-126; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2017, p. 104; DE LAS HERAS VIVES, 2018, pp. 359-377; RUEDA MARTÍN, 2018, pp. 30-31, esta última autora, muy de acuerdo con la inclusión del derecho a la propia imagen en el Título X, añade que se ha reforzado esta protección penal de la imagen en el sentido indicado con la figura delictiva del art. 197.7 CP. Sin embargo, en sentido contrario, MORALES PRATS, en: QUINTERO OLIVARES, (Direct.)/ MORALES PRATS, (Coord.), 2016, p. 1431, a pesar de que reconoce que la propia imagen constituye en nuestra Constitución Española un derecho fundamental autónomo y que, por ello, podría también entenderse que es un bien jurídico con autonomía propia. Rechaza esta perspectiva y entiende que la mención a

delito, como veremos más adelante, incluye imágenes o grabaciones audiovisuales. Así, aunque el derecho a la propia imagen sí constituye un bien jurídico autónomo, la respuesta penal a su lesión debe también incluir la lesión a otros bienes jurídicos como la intimidad (28), es decir, que la imagen permita la observación de alguna faceta o dimensión de la esfera privada o íntima de la persona. Este requisito de lesión, no solo a la propia imagen sino también a la intimidad (29), se deriva de los principios de última ratio y de intervención mínima del Derecho Penal. De manera que una lesión solamente a la propia imagen, como derecho autónomo, sería castigable en el orden civil a través de la *LOPHIPI*, pero no en el orden penal (30).

---

la propia imagen es innecesaria ya que esta ya queda abarcada dentro de la expresión amplia de intimidad.

(28) Entendiendo intimidad como aquel ámbito ligado a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad con una doble proyección: hacia dentro de exclusividad y hacia fuera de control y disposición respecto a ciertos hechos relativos a la vida íntima de la persona. Esta definición incluye tanto la fórmula excluyente como la formulación extensiva de la intimidad a raíz de la STC 134/1999, de 15 de julio, LÓPEZ ORTEGA en: LÓPEZ ORTEGA (Direct.)/ SALÓN PIEDRA/ VALENZUELA YLIZARBE, 2017, p. 17; SÁNCHEZ SÁNCHEZ en LÓPEZ ORTEGA (Direct.)/ SALÓN PIEDRA/ VALENZUELA YLIZARBE (Coords.), 2017, p. 201.

(29) En este sentido, sirva de ejemplo, el supuesto de una persona grabada por una cámara, siendo la reproducción de sus rasgos físicos real y auténtica, de tal manera que la figura identifique en sí misma al sujeto en cuestión en una manifestación política o bien religiosa. Está claro que la divulgación de esas imágenes claramente podría afectar tanto a su derecho fundamental a la propia imagen, dado que le identifica, como gravemente a la intimidad, porque los datos religiosos y políticos son calificados como sensibles. Siguiendo esta línea, puede verse SAP Madrid 461/2016, de 29 de junio, donde se absuelve al acusado porque en la publicación de las imágenes no se podía identificar a la víctima a raíz de los rasgos físicos representados. También es interesante SAP Madrid 372/2017, de 21 de junio, donde el acusado publicó en su foto de perfil de *Whatsapp* una fotografía de los pechos de la denunciante que ella misma le había enviado, siendo absuelto, ya que el juez determinó que no se muestra ningún detalle que permita la identificación de la persona. Sí condena SAP Oviedo 125/2019, de 28 de marzo, donde un hombre pone una fotografía de la denunciante, que, si bien era de la parte posterior y no se le veía la cara, mostraba un tatuaje que la identificaba perfectamente.

(30) JAREÑO LEAL en: BOIX REIG (Direct.) / JAREÑO LEAL (Coord.), 2010, p. 121, dice que al existir también la protección civil, el criterio para la intervención penal será que la captación o reproducción de la imagen comporte no solo una lesión a la facultad de disponer, sino también, y a la vez, una lesión a la intimidad. Es decir, en el art. 197 del CP se trata de la protección de la imagen que es captada y/o reproducida sin consentimiento del titular y en un contexto de intimidad. Por otro lado, DE LAS HERAS VIVES, 2018, p. 367, señala que en el proceso legislativo acabó asumiéndose la tesis de que la propia imagen debía quedar única y exclusivamente tutelada desde la óptica del derecho civil, siendo que en el ámbito penal la imagen solo fuese considerada por el art. 197 CP como objeto material del delito o un medio desde el que atentar contra el bien jurídico intimidad.

## 2. Análisis del tipo básico

### 2.1 TIPO OBJETIVO

#### 2.1.1 *Sujetos del delito y responsabilidad de terceros difusores*

En cuanto al sujeto activo del delito, atendiendo a lo que recoge el precepto, sería aquel que difunda, revele o ceda sin autorización de la víctima imágenes o grabaciones audiovisuales que hubiera obtenido con su consentimiento. Ahora bien, a la hora de determinar el sujeto activo del delito existen varias cuestiones que debemos abordar.

Primero, analizando el tipo donde dispone «*imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia*» nos hace cuestionarnos si el propio sujeto activo, con consentimiento del sujeto pasivo, es quien debe tomar las fotografías en un posible contexto de intimidad compartida o, si, por el contrario, cabría la posibilidad de que el sujeto pasivo sea quien envíe consentidamente las imágenes o grabaciones al sujeto activo, sin necesidad de que este último este presente, y sea este quien posteriormente las difunda sin consentimiento (31). En cuanto a esta cuestión no existe acuerdo doctrinal, considerando parte de la doctrina (32) que es necesario que el sujeto activo obtenga las imágenes o grabaciones ya sea porque interviene o porque las capta directamente del sujeto pasivo, no siendo suficiente a este respecto que haya sido el sujeto pasivo el que las capte y las envíe voluntariamente al sujeto activo quien posteriormente las difundiría sin su consentimiento. En contraste con lo anterior, sin embargo, otra parte de la doctrina (33) sí considera necesario

(31) Analiza las diferentes posiciones doctrinales DURÁN SECO en: DE VICENTE REMESAL/ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/ PAREDES CASTAÑÓN/ OLAIZOLA NOGALES/ TRAPERO BARREALES/ ROSO CAÑADILLAS/ LOMBANA VILLALBA (Coords.), 2020, (en prensa).

(32) En este sentido ROMEO CASABONA en: ROMEO CASABONA/ SOLA RECHE/ BOLDOVA PASAMAR (Coords.), 2016, p. 269; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *IDP*, n.º 27, septiembre 2018. Con matices DURÁN SECO en: DE VICENTE REMESAL/ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/ PAREDES CASTAÑÓN/ OLAIZOLA NOGALES/ TRAPERO BARREALES/ ROSO CAÑADILLAS/ LOMBANA VILLALBA (Coords.), 2020, (en prensa). Es necesario precisar que, si interpretáramos de este modo restrictivo el precepto, pese a tratarse a una norma *ad hoc*, el caso mediático previamente citado escaparía al supuesto de hecho.

(33) Así lo consideran, COLÁS TURÉGANO en GONZÁLEZ CUSSAC (Direct.)/ GÓRRIZ ROYO/ MATALLÍN EVANGELIO (Coord.), 2015, p. 668; MORALES PRATS en: QUINTERO OLIVARES, (Direct.)/ MORALES PRATS, (Coord.), 2016, p. 1468; DÍAZ TORREJÓN, 2017; PÉREZ CONCHILLO, 2018, pp. 78-79; RUEDA MARTÍN, 2018, p. 166; COMES RAGA en: LLORIA GARCÍA (Direct.) / CRUZ ÁNGELES (Coord.), 2019, p. 171; MAGRO SERVET, *LLP*, n.º137, marzo-abril 2019, en este sentido lo justifican seña-

incluir los dos supuestos, es decir, tanto el caso en el que quien difunde es a su vez el productor del material, como aquellos otros en los que la propia víctima capta de sí misma las imágenes o grabaciones audiovisuales, o bien, simplemente sea quien se las envía al sujeto activo de forma voluntaria y este sea quien posteriormente las difunda sin su consentimiento.

En mi opinión, en un principio, analizando el tipo textualmente y en un primer análisis de la doctrina, la interpretación de «*obtenidas con su anuencia*» (34) puede llevar a pensar que no quedan abarcadas (35) aquellas situaciones en las que sea el propio sujeto pasivo quien envíe voluntariamente las imágenes o grabaciones al sujeto activo que, posteriormente, las difundiría sin consentimiento. Pero analizando más en profundidad la cuestión, puedo decir que comparto

---

lando que el limitar el tipo solamente a cuando el sujeto activo ha obtenido directamente la grabación o imagen va en contra del sentido del precepto. En esta línea manifiesta que es irrelevante que la grabación o toma de las imágenes la verifique el propio autor del delito, el titular de estas o incluso un tercero dado que la esencia del desvalor del delito no se ubica en esa secuencia previa, sino en una ulterior referida a la defraudación de expectativas de confidencialidad, la cual se verifica con la infracción de los deberes de sigilo o discreción, mediante la revelación, difusión o cesión a terceros de las imágenes. Están de acuerdo que la interpretación más amplia es la más razonable pese a la viabilidad gramatical de la interpretación restrictiva que debe ser excluida por carecer de lógica.

(34) Respecto a esta parte literal del precepto y justificando así que sí quedan incluidos en el precepto los videos enviados por la propia víctima, MORALES PRATS en: QUINTERO OLIVARES (Direct.)/ MORALES PRATS (Coord.), 2016, p. 1468, considera que la «*obtención con anuencia de las imágenes o grabaciones*» no queda limitado en el tipo y puede haberse efectuado previa entrega o envío por parte del titular de las mismas, interpretando que obtenerlas no equivale a haberlas filmado o fotografiado. Siguiendo esta línea, DE LAS HERAS VIVES, 2018, p. 579, quien dice que el verbo típico obtener no comporta fotografiar o grabar sino que significa alcanzar, conseguir y lograr algo que se merece, solicita o pretende.

(35) Cuestiones como que en el debate parlamentario (Grupo socialista) se cursaron enmiendas al precepto, en el sentido de establecer explícitamente que las grabaciones las hubiera realizado por el propio titular de las mismas como modalidad alternativa al supuesto en que quien las revela antes las tomó. Esta enmienda fue lo que puede llevarnos a pensar que, si en su momento se descartó incluir explícitamente esa posibilidad, no podemos interpretarla incluida implícitamente en el tipo. Respecto a esto, DE LAS HERAS VIVES, 2018, pp. 576-577, alega que el rechazo por parte del PP de la enmienda del PSOE no responde a un proceso de reflexión, diálogo o debate jurídico en torno a diferentes interpretaciones del tipo, sino a un acto de exhibición de fuerza política, ya que el propio Ministerio de Justicia, en la defensa del texto propuesto dijo expresamente «*tipificamos la difusión no autorizada de imágenes íntimas facilitadas directamente por la persona afectada*». Además, la enmienda socialista no buscaba alterar la *ratio essendi* del precepto, sino simplemente facilitar su comprensión.

el análisis realizado por De las Heras Vives (36) quien considera, junto con el resto de doctrina previamente mencionada, que el ámbito de incriminación del precepto abarca tanto los supuestos en que el sujeto activo obtiene la imagen porque la capta directamente del sujeto pasivo, como aquellos en que las imágenes o grabaciones son captadas y enviadas voluntariamente por el titular del bien jurídico al sujeto activo. Una interpretación más restrictiva sería contraria a la *mens legis* comportando una total y absoluta desnaturalización de la *ratio essendi* del precepto. Si bien, es cierto que la redacción del precepto es dudosa y poco clarificadora por lo que sería conveniente una revisión del tipo incluyendo de manera expresa las dos conductas (37).

En segundo lugar, cabría plantearse si se podrían considerar como sujetos activos del delito a los terceros ajenos a la captación consentida que, únicamente, forman parte de la cadena de difusión o grabación (38). Con respecto a esto, coincido con la mayoría de la doctrina (39), salvo alguna excepción (40), que considera que, según

(36) De Las Heras Vives, 2018, pp. 574-580.

(37) En este sentido, ANDRINO CARRASCO/ MOYA FUENTES/ OTERO GONZÁLEZ en: ÁLVAREZ GARCÍA (Direct.)/ DOPICO GÓMEZ-ALLER (Coord.), 2013, p. 710, propone modificar la expresión «*imágenes o grabaciones audiovisuales que hubiera obtenido*» por «*imágenes o grabaciones audiovisuales realizadas por ella o con su anuencia*» considerando que así se acabaría con las dudas interpretativas dando cabida a los dos supuestos.

(38) PÉREZ CONCHILLO, 2018, p. 79.

(39) CASTELLÓ NICÁS en: MORILLAS CUEVA (Direct.), 2015, p. 503; ANARTE BORRALLO/ DOVAL PAIS, *La Ley*, n.º 8744, de 19 de abril de 2016; MENDO ESTRELLA, *RECPC*, n.º 18, 2016, p. 17; DÍAZ TORREJÓN, 2017; PÉREZ CONCHILLO, 2018, p. 79; RUEDA MARTÍN, 2018, p. 167; COMES RAGA en: LLORIA GARCÍA (Direct.) / CRUZ ÁNGELES (Coord.), 2019, p. 171; ZARAGOZA TEJADA, *RAD*, n.º 2, 2019, este último autor fundamenta en dos premisas el por qué no tendría responsabilidad penal la redifusión de aquellos que no la han obtenido del difusor primario: en primer lugar, resultaría imposible acreditar que los terceros remitentes tuvieran conocimiento de que las imágenes hubieran sido distribuidas primariamente sin autorización de la persona afectada y, en segundo lugar, desde luego, lo que no concurriría es el elemento de haberlas obtenido con la anuencia de la persona afectada. Por lo tanto, la redifusión de imágenes o grabaciones por parte de terceros ajenos a la relación de confianza entre el emisor primario y la persona afectada no cabría en el delito tipificado en el art. 197.7 CP.

(40) MAGRO SERVET, *LLP*, n.º 137, marzo-abril 2019, quien señala que el precepto tiene como fin perseguir a cualquier internauta que se dedique a rebotar un archivo íntimo que sea divulgado sin la autorización de la persona en cuestión. Con independencia de que el internauta sea o no el primer receptor de esas imágenes o simplemente se dedique a agrandar la difusión de una grabación ya extendida por la red. Es decir, lo que se pretende castigar es la autoría de la difusión no autorizada de las imágenes o vídeos, y ello sea cual sea la intervención del autor del hecho en la cadena de difusión. Por esto, bastaría con que lo divulgue y sea detectado por los agentes policiales expertos en delitos informáticos para que con esta reforma sea con-

el tenor literal del precepto y atendiendo a todos los elementos del tipo, como es el previo consentimiento de la víctima, no se puede contemplar la posibilidad de que un tercero ajeno, al que le llega la imagen o grabación y la difunde, tenga responsabilidad penal como sujeto activo del delito del art. 197.7 CP (41). Esta posición no parecería estar en consonancia con el tenor literal de la redacción y supondría una criminalización excesiva y generalizada. En definitiva, la responsabilidad penal se limita a quien ha divulgado habiendo obtenido previamente y directamente de la víctima la imagen o grabación íntima. Quienes, producida la divulgación, contribuyan a la posterior difusión no van a tener responsabilidad penal, sin perjuicio de su posible responsabilidad en el orden civil a través de la *LOPHIPI*. Sin embargo, sí tendrán responsabilidad penal quienes participen en el hecho del autor como inductores, cooperadores o cómplices (42).

---

siderado autor del delito del art. 197.7 CP. No comparto la idea de este autor cuando considera que el art. 197.7 CP pretende castigar al tercero que siendo ajeno al pacto consigue el material y lo difunde, dado que lo justifica diciendo que dicho artículo castiga la difusión no autorizada de imágenes o vídeos, pero se le olvida añadir «*obtenidas con consentimiento*» y el tercer difusor ya no cumpliría este requisito impuesto por el tipo. De la misma idea, ya con anterioridad, el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, 2013 determina que, si bien no sería necesaria la introducción de este precepto en el CP porque ya se castigaría a través del delito contra la integridad moral, en caso de valorar que sí es necesaria su inclusión en el art. 197 CP, debe repararse en que también trae nuevos problemas, dado que quedaría fuera de la conducta la del tercero ajeno al pacto que consigue el material y lo difunde. Por lo tanto, expresa que, si finalmente se aprecia necesaria la nueva redacción del tipo, se debería aquilatar bien para evitar dejar fuera del radio aplicativo del mismo conductas de idéntica gravedad.

(41) Sí que se podría plantear un delito contra la integridad moral (art. 173.1 CP) en el supuesto de quien, sin haber participado en la obtención de la imagen o grabación, la trasmite posteriormente a terceros a sabiendas de su contenido y de la falta de autorización de la víctima. Para ello, deberán concurrir el resto de requisitos del tipo y concretamente dicha difusión deberá menoscabar gravemente la integridad moral de la persona afectada. Así lo recoge la Circular FGE n.º 3/2017. También puede verse esta misma idea en SAP Burgos 228/2018, de 15 de junio, donde determina que los terceros difusores no tienen responsabilidad en cuanto al art. 197.7 CP pero sí en el orden civil de acuerdo con la *LOPHIPI* y un posible delito contra la integridad moral del art. 173.1 CP cuando sepan que la difusión se está llevando a cabo sin contar con la autorización del afectado y que puede menoscabar gravemente su integridad moral.

(42) COLÁS TURÉGANO en GONZÁLEZ CUSSAC (Direct.)/ GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (Coord.), pp. 668, 669; DÍAZ TORREJÓN, 2017; COMES RAGA en: LLORIA GARCÍA (Direct.) / CRUZ ÁNGELES (Coord.), 2019, p. 171; ZARAGOZA TEJADA, *RAD*, n.º 2, 2019.

En tercer lugar, cabría plantearse qué ocurre cuando se trata de un caso de intimidad compartida (43) entre tres o más personas que consentidamente se graban manteniendo relaciones sexuales (o realizando cualquier conducta que pueda suponer un atentado grave a la intimidad) y, posteriormente, una de ella lo difunde sin consentimiento del resto. Coincido con Morales Prats (44) cuando señala que se produciría un círculo recíproco siendo todos confidentes necesarios de todos, con lo que la órbita potencial del tipo se amplía (45).

En cuanto al sujeto pasivo es aquel cuya imagen es fotografiada o grabada y, además, da su consentimiento para dicha grabación en un contexto de intimidad y confianza, pero que no autoriza por ello la difusión a terceros. Es decir, el consentimiento solo alcanza a su recepción por el otro sujeto y no se extiende a la divulgación que tiene lugar con posterioridad (46).

Para concluir, debemos determinar que se trata de un delito especial de propia mano por cuanto el sujeto activo del delito solo puede resultar aquél que ha obtenido, con el consentimiento del sujeto pasivo, imágenes o grabaciones de este, bien porque haya realizado el mismo la captura de la fotografía o la grabación, bien porque la propia persona afectada se la haya proporcionado, y las extrae del reducto de la intimidad de la víctima mediante la realización de la conducta típica consistente en difundir, revelar o ceder a terceros el material conseguido (47).

---

(43) LLORIA GARCÍA, *LLP*, n.º 105, noviembre-diciembre 2013, señala que la intimidad compartida no lleva necesariamente al despojo de la misma, en la medida en que el sujeto debe tener cierto control sobre sus datos aun cuando hayan sido cedidos a terceros.

(44) MORALES PRATS en: QUINTERO OLIVARES (Direct.)/ MORALES PRATS (Coord.), 2016, p. 1469.

(45) COLÁS TURÉGANO en GONZÁLEZ CUSSAC (Direct.)/ GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (Coord.), 2015, p. 667, señala que en caso de que las imágenes contuvieran la intimidad de más personas, habría que estar en cada caso a la existencia o no de consentimiento de estas para la obtención de las imágenes y/o para su divulgación. A modo de aclaración, PÉREZ CONCHILLO, 2018, p. 80, que pese a que en este supuesto el que difunde también es titular de la grabación por ser partícipe de la misma no puede entenderse que los demás intervinientes hayan autorizado tal difusión.

(46) COLÁS TURÉGANO en GONZÁLEZ CUSSAC (Direct.)/ GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (Coord.), 2015, p. 669; DÍAZ TORREJÓN, 2017; PÉREZ CONCHILLO, 2018, p. 80; COMES RAGA en: LLORIA GARCÍA (Direct.) / CRUZ ÁNGELES (Coord.), 2019, p. 171.

(47) ROXIN, 2014; tb. en: ROXIN, 2014; DÍAZ TORREJÓN, 2017; COMES RAGA en: LLORIA GARCÍA (Direct.) / CRUZ ÁNGELES (Coord.), 2019, p. 171.

### 2.1.2 Objeto material del delito

En cuando al objeto material, que es aquel sobre el que recae la acción típica, observando el precepto vemos que se trata de aquellas imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas lícitamente de la persona afectada en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros y que menoscaban gravemente la intimidad personal. Por lo tanto, solo se castigarán aquellas imágenes o grabaciones que afecten gravemente a la intimidad (no necesariamente sexuales) tal y como dice el precepto respetando de este modo el principio de intervención mínima del Derecho Penal (48). De acuerdo con esto, debemos precisar que no todas las imágenes o grabaciones serán objeto de este delito, ya que aquellas que resulten inocuas (49) para el bien jurídico protegido no entrarán dentro del precepto.

Expuesto lo anterior, si bien parece que en principio el objeto material del delito no presenta mayor problema, profundizando algo más se plantean diversas cuestiones: ¿qué ocurre con las grabaciones de audio sin imágenes? Y ¿con las grabaciones de imágenes sin audio? Son dos cuestiones que debemos plantearnos al leer el tenor literal del precepto donde dice: «*imágenes o grabaciones audiovisuales*».

En cuanto a la primera cuestión de si las grabaciones de audio sin imágenes podemos interpretarlas como objeto material del delito, en mi opinión, coincidiendo con la mayoría de la doctrina (50), salvo algún autor que sí las considera incluidas (51), considero que, según

(48) Algún autor considera que solo con tipificar este delito ya no se está respetando dicho principio. En este sentido puede verse, CASTELLÓ NICÁS en: MORILLAS CUEVA (Direct.), 2015, p. 499.

(49) Se puede valorar aquí el caso en el que un usuario de internet publique en su red social una imagen que se pueda considerar que menoscaba su intimidad y, posteriormente, un usuario de esa red social a la que esta persona tiene como amiga la difunde fuera de la red social. En mi opinión y compartiendo lo expuesto por TOMÁS-VALIENTE LANUZA, *IDP*, n.º 27, septiembre 2018, este tipo de conductas no merecen un reproche penal desde el punto de vista de la intimidad, siendo inocuas a esta. Esto es principalmente porque el sujeto no ha desplegado unos mínimos deberes de autoprotección del bien jurídico, puesto que el envío a una pluralidad de destinatarios supone una total pérdida de control sobre el material remitido.

(50) Así lo señalan, entre otros, CASTELLÓ NICÁS en: MORILLAS CUEVA (Direct.), 2015, p. 501; COLÁS TURÉGANO en GONZÁLEZ CUSSAC (Direct.)/ GÓRRIZ ROYO/ MATALLÍN EVANGELIO (Coord.), 2015, p. 669; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en: BACIGALUPO SAGGESE/ FEIJOO SÁNCHEZ/ ECHANO BASALDUA (Coords.), 2016, p. 1036; MORALES PRATS en: QUINTERO OLIVARES (Direct.)/ MORALES PRATS (Coord.), 2016, p. 1468; DE LAS HERAS VIVES, 2018, pp. 586-590.

(51) LLORIA GARCÍA, 2013, quien dice no comprender la razón de limitar la difusión a la imagen dejando fuera las grabaciones sonoras. ARNAIZ VIDELLA, *La Ley*,



lo expuesto en el artículo y respetando el principio de legalidad, no es posible hacer esta interpretación extensiva (52). No obstante, es una cuestión dudosa, dado que una grabación de audio sin imágenes donde a partir de la voz (53) se identifique perfectamente a la persona y en la que haga determinadas declaraciones que afecten gravemente a su intimidad podría llegar a suponer una grave lesión al bien jurídico protegido que, en mi opinión, sí podría al menos plantearse si está o no abarcado por el art. 197.7 CP. Además, siguiendo esta línea, la Fiscalía General del Estado en su Circular n.º 3/2017 de Fiscalía General del Estado, 21 de septiembre de 2017 (Circular 3/2017, sobre la reforma del código penal operada por la LO 1/2015 de 30 de marzo en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos) [en adelante, Circular FGE n.º 3/2017] (54), entiende que el precepto abarcaría *«tanto los contenidos perceptibles únicamente por la vista, como los que se captan conjuntamente por el oído y la vista y también aquellos otros que, aun*

---

n.º 8995, de 7 de junio de 2017, determina que al ser el fin último la protección de la intimidad estas grabaciones también deberían entrar en el tipo. ZARAGOZA TEJADA, RAD, n.º 2, 2019, señala que parece evidente que la lesividad que pueden conllevar la distribución de estas grabaciones de audio desaconseja acudir a una interpretación tan restringida.

(52) Debe entenderse que interpretar que estos supuestos de grabaciones de audios sin imágenes quedan abarcados por el art. 197.7 CP sería estirar el tipo penal *in malam partem* a supuestos para los que no está previsto, impidiéndose por vía del principio de seguridad jurídica y legalidad la extensión a tal supuesto. PÉREZ CONCHILLO, 2018, p. 82.

(53) Veo necesario hacer una breve referencia al reconocimiento de la voz en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, JUANATEY DORADO/DOVAL PAIS en: BOIX REIG (Direct.) / JAREÑO LEAL (Coord.), 2010, pp. 127-129, establece que la imagen y la voz de la persona son los rasgos más propios de su identidad y, por ello, generalmente, la caracterizan de una forma inequívoca. Se trata de características personales que hacen, de un lado, que se la pueda reconocer y, de otro, que se le vinculen ciertos hechos, lo que conllevaría el reconocimiento de auténticos bienes materiales de la personalidad jurídicamente protegidos de forma autónoma y revelaría la importancia de ambas manifestaciones (imagen y voz) para la intimidad. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2017, p. 12, determina que la voz, junto con la imagen y otros aspectos que permitan la identificación del sujeto estarían dentro de la supra noción de identidad individual. Por otro lado, DE LAS HERAS VIVES, 2018, p. 586, señala que históricamente se ha dado la circunstancia que desde la categoría de la imagen se ha pretendido integrar la voz bajo el razonamiento de que la imagen posee una doble vertiente, visual y sonora. Sin embargo, hoy en día, está superada la cuestión y se ha concluido que la voz constituye un elemento de identificación de la persona distinta de la imagen, por lo que aquella debe quedar al margen del precepto penal. Por lo tanto, a pesar de que la voz tiene cierto reconocimiento dentro del derecho a la propia imagen protegido en el Título X del CP, sin embargo, no encuentra protección en el art. 197.7 CP. Sí pudiera constituir un ilícito en el orden civil.

(54) Circular FGE n.º 3/2017.

*no mediando imágenes, pueden percibirse por el sentido auditivo. El Legislador no excluye ninguno de estos supuestos y ciertamente la difusión in consentida de contenidos, en cualquiera de estas formas, es susceptible de determinar un menoscabo en la intimidad del afectado».* Dicho esto, y teniendo en cuenta que no deja de ser una cuestión dudosa, la respuesta de la doctrina, previamente citada, con la que me identifico, sigue siendo negativa a la hora de considerar este tipo de grabaciones como objeto material del delito según el tenor literal del artículo. Sin embargo, sí considero que en próximas reformas del Código debería llegar a plantearse la opción de incluir estas grabaciones de forma expresa.

Respecto a la segunda cuestión planteada en torno a si quedarían abarcadas las grabaciones que no tuvieran sonido, la respuesta ha de ser positiva a la hora de valorar estas como objeto material del delito. Lo contrario sería incongruente, ya que se están protegiendo las simples imágenes, mientras que una grabación es una sucesión de imágenes donde se pueden observar muchos más detalles, por lo que sería absurdo dejar fuera del alcance del precepto este tipo de grabaciones (55).

Por último, algunos autores se plantean la posibilidad de incluir en el objeto material otras representaciones o reproducciones de la figura de la persona (56) (como dibujos, pinturas, etc.), textos escritos o capturas de pantalla (57) siendo todas ellas descartadas.

---

(55) CASTELLÓ NICÁS en: MORILLAS CUEVA (Direct.), 2015, p. 501; COLÁS TURÉGANO en GONZÁLEZ CUSSAC (Direct.)/ GÓRRIZ ROYO/ MATALLÍN EVANGELIO (Coord.), 2015, p. 669; DE LAS HERAS VIVES, 2018, pp. 586-590; PÉREZ CONCHILLO, 2018, p. 82.

(56) Según ANARTE BORRALLO/ DOVAL PAIS, *La Ley*, n.º 8744, de 19 de abril de 2016, no es posible que estas reproducciones estén incluida dentro del tipo, dado que se requiere que las imágenes o grabaciones hayan sido obtenidas y esta exigencia no se compeadece bien con dicha posibilidad.

(57) En este caso, ZARAGOZA TEJADA, *RAD*, n.º 2, 2019, hace una valoración de la validez o no de las capturas de pantalla como objeto material del delito. De un lado, da una respuesta positiva diciendo que, si se considera las grabaciones de audio incluidas, también deberían serlo las capturas de pantalla, ya que la conducta sería idéntica y la lesión al bien jurídico de igual o superior magnitud. Por otro lado, esta posición plantearía problemas de carácter técnico como es que las grabaciones deben ser obtenidas con anuencia de la víctima. Concluye valorando la posibilidad de castigarlo por el art. 197.1 CP en vez del estudiado art. 197.7 CP pero que, en todo caso, será la doctrina y jurisprudencia las que lo tengan que determinar atendiendo al caso concreto.

### 2.1.3 Conducta típica

La acción típica que recoge el precepto es la consistente en difundir, revelar o ceder a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales, por lo tanto, vemos que se trata de un tipo mixto alternativo. La configuración de la acción típica tiene lugar en dos momentos, uno inicial de obtención lícita de las imágenes o grabaciones o, como lo expresa el tipo, «*que hubiera obtenido con su anuencia*» y, otro segundo, que castiga a quien «*sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros*» y sin el que la conducta no sería típica (58). Por lo tanto, observamos que para poder aplicar el precepto es necesario que se den estos dos requisitos típicos.

#### c.1. Obtención previa consentida

Respecto del primer requisito de obtención con su anuencia (59), se debe señalar que este es el elemento diferenciador que hizo que se llevara a cabo en la reforma de 2015 la inclusión de este delito en el art. 197.7 CP, ya que antes también se castigaba la difusión, cesión y revelación siempre y cuando tuvieran un origen ilícito (art. 197.1 CP).

Ha sido precisamente el consentimiento previo lo que hace plantearse a la doctrina si el orden penal como última ratio y principio de intervención mínima debe dar respuesta a este tipo de conductas. En mi opinión, siguiendo a parte de la doctrina (60) y apoyado también

---

(58) En este sentido, ANARTE BORRALLO/ DOVAL PAIS, *La Ley*, n.º 8744, de 19 de abril de 2016; DÍAZ TORREJÓN, 2017.

(59) El término «anuencia» usado por el legislador como ya se comentó, ha sido objeto de crítica calificándolo como de vago e impreciso. Reiterando que interpretamos incluido tanto si el sujeto activo ha sido quien la capta directamente o si el sujeto pasivo se la envía, ARNAIZ VIDELLA, *La Ley*, n.º 8995, de 7 de junio de 2017; DE LAS HERAS VIVES, 2018, p. 590; PÉREZ CONCHILLO, 2018, p. 83.

(60) PUENTE ABA, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 21, 2007, p. 176, quien, analizando unas sentencias, llega a la conclusión de que el consentimiento estaba limitado a unos determinados usos de las imágenes, lo cual obviamente determina la ilicitud de la difusión posterior. JUANATEY DORADO/DOVAL PAIS en: BOIX REIG (Direct.) / JAREÑO LEAL (Coord.), 2010, p. 160, manifiesta que ese primer consentimiento a la toma de las fotografías se limita exclusivamente a un uso privado y, sin embargo, posteriormente se difunde sin consentimiento, no habiendo duda de que es un supuesto en el que puede existir un menoscabo muy importante a la intimidad. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en: BACIGALUPO SAGGESE/ FEJOO SÁNCHEZ/ ECHANO BASALDUA (Coords.), 2016, p. 1036, quien señala que si ha dado su consentimiento a la toma de estas imágenes no debe presentar ningún obstáculo para exigir protección frente a una posterior difusión que ya no es consentida. DÍAZ TORREJÓN, 2017, este determina que ese primer consentimiento no supone un «visado completo» para el uso que del material exhibido u obtenido pueda hacer el intruso autorizado.

por la jurisprudencia (61), ese consentimiento inicial no conllevaría implícitamente autorización para la posterior difusión. En contraste con esto, Morales Prats (62), uno de los grandes críticos a la tipificación de esta conducta, considera que no existe una clara diferencia entre consentir la realización de una foto y consentir la revelación posterior, dado que consentir lo primero supondría una rebaja de los niveles de autotutela y genera expectativas de respeto, de confidencialidad y de complicidad de vivencias íntimas compartidas y grabadas, pero la frustración de las mismas no puede ser la *ratio* que legitime la incriminación. Por lo tanto, debe ser, en su opinión, ajeno al Derecho penal.

### c.2. Difusión, cesión, revelación sin autorización

Respecto del segundo requisito, que sería donde está lo penalmente reprochable, como recoge el precepto, es la difusión, cesión o revelación sin autorización.

Por un lado, centrándonos en los verbos típicos utilizados, el legislador les da a los tres verbos el mismo valor. No obstante, parte de la doctrina entiende que podría no ser así. De este modo, la difusión parece, para algunos autores, tener una mayor potencialidad lesiva por parte del sujeto activo a terceros, puesto que es el propio sujeto el que ha tomado o recibido directamente de la víctima la imagen o grabación y es quien, posteriormente, la divulga o propaga a un número indeterminado de personas. En el caso de la revelación o cesión no parece tener la potencialidad lesiva de la primera conducta (difusión), ya que en esta última el sujeto activo pierde el control sobre las propias imágenes o grabaciones y se multiplica así la capacidad ofensiva del bien jurídico (63). Sin embargo, existen otras formas de interpre-

---

(61) Véase, en este sentido la STC 173/2011, de 7 de noviembre, donde determina que «*Se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida*». Se fundamentan en la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional, entre otras, STS 360/2017, de 19 de mayo; STS 803/2017, de 11 de diciembre; SAP Cáceres 308/2018, de 29 de octubre.

(62) En este sentido, MORALES PRATS en: QUINTERO OLIVARES (Direct.)/ MORALES PRATS (Coord.), 2016, pp. 1469,1473, quien continúa diciendo que este nuevo precepto acontece en un momento cultural de clara relajación de costumbres en materia de intimidad y no llega a entender por qué el Derecho penal debe prestar tutela a esto. Con la tipificación de este delito determina que todos los ciudadanos quedan convertidos en obligados penales al siglo.

(63) COLÁS TURÉGANO en: GONZÁLEZ CUSSAC (Direct.)/ GÓRRIZ ROYO/ MATALLÍN EVANGELIO (Coord.), 2015, p. 669.

tar la utilización indiscriminada de los tres verbos por parte del legislador que, en mi opinión, considero más acertadas. Como es la establecida por De las Heras Vives (64) quien señala que difundir, revelar o ceder son equiparables a divulgar ya que en la última parte del precepto el legislador directamente establece «*cuando la divulgación...*» lo que evidenciaría dicha equiparación de verbos. Esto sería lógico si se tiene en cuenta que el denominador común de los tres verbos es la divulgación, entendida como la comunicación de la imagen a una o más personas. Y, también, me hago eco de lo establecido por Castelló Nicás (65) «*ciertamente la difusión parece un comportamiento de superior alcance en cuanto a las personas que pueden visionar las mismas, sin embargo, y teniendo en cuenta la facilidad de circulación por medios informáticos, la revelación o cesión a tercero, aun siendo una única persona, puede acabar hoy día alcanzando los mismos tintes de expansión*».

Por otro lado, no son pocos los autores que se han planteado la diferencia entre la difusión de una imagen o grabación con un alcance reducido o con un alcance muy amplio. Véase, Fernández Nieto (66) que describe el alcance reducido como el envío de la imagen o grabación a un amigo de *Whatsapp*, por ejemplo, y el alcance muy amplio al publicarlas en un portal de acceso público como puede ser *YouTube*. Es cierto que, en un principio, el daño al bien jurídico no sería el mismo, pero es preciso señalar que, por reducida que sea la primera difusión no consentida de imágenes o grabaciones, el emisor pierde el control sobre dicho material y debido a las tecnologías digitales puede ser difundido de manera incontrolada y masiva. En cambio, Zaragoza Tejada (67) opina que sería conveniente la introducción de un subtipo agravado que prevea la imposición de una pena mayor cuando la acción del sujeto activo estuviera directamente dirigida a causar una difusión masiva de las imágenes lícitamente obtenidas, opinión que no comparto. En cuanto a lo establecido por la jurisprudencia puede verse también la SAP Almería 76/2018, de 14 de febrero, donde determina que «*el tipo penal no requiere su difusión masiva o a una diversidad de destinatarios*» considerando que solo con enseñárselo a una persona menoscaba ya gravemente la intimidad de la víctima. Apoyándose en este argumento, SAP Islas Baleares 244/2019, de 01 de julio.

---

(64) DE LAS HERAS VIVES, 2018, p. 585.

(65) CASTELLÓ NICÁS en: MORILLAS CUEVA (Direct.), 2015, p. 502.

(66) FERNÁNDEZ NIETO, *La Ley*, n.º 8714, de 3 de marzo de 2016.

(67) ZARAGOZA TEJADA, *RAD*, n.º 2, 2019.

Por último, por lo que a «sin autorización» se refiere, el término ha sido también objeto de crítica, manifestando la doctrina que no es la terminología más adecuada para suscitar lo que realmente pretende el tipo, que gira en torno a la idea del consentimiento por parte del titular del bien jurídico y no a la de «autorizar» (68). Hay que precisar que esta falta de autorización no exige acreditar una negativa expresa, sino que bastará con la no constancia de autorización (69). También se plantea la doctrina si ese «sin autorización» actúa como una exclusión de la tipicidad o, por el contrario, es causa de justificación (70).

#### 2.1.4 Requisito espacial del delito

Con este requisito nos referimos a lo que el legislador ha descrito como «*en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros*». Con esto, el legislador ha decidido limitar espacialmente el ámbito de protección. La introducción de esta limitación física puede llegar a resultar ociosa dado que ya hay un recorte típico concretado en que la divulgación menoscabe gravemente la intimidad, y dudoso menoscabo puede existir en un lugar abierto al público frente a la mirada de terceros (71). Esta es una de las mayores críticas que ha hecho la doctrina (72) respecto del elemento espacial introducido por el legislador, así como que la redacción carecería de rigor por recurrir a un concepto jurídico, como es el de «*domicilio*» (73),

(68) DE LAS HERAS VIVES, 2018, p. 590. Este autor hace un análisis extenso del término sin autorización que aquí no se puede desarrollar pero que resulta muy interesante.

(69) Así lo recoge la Circular FGE n.º 3/2017.

(70) DE LAS HERAS VIVES, 2018, p. 590. Considera que opera como causa de exclusión; PÉREZ CONCHILLO, 2018, p. 81.

(71) En este sentido, DE LAS HERAS VIVES, 2018, p. 596.

(72) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en: BACIGALUPO SAGGESE/ FEIJOO SÁNCHEZ/ ECHANO BASALDUA (Coords.), 2016, pp. 1022, 1036; COMES RAGA en: LLORIA GARCÍA (Direct.) / CRUZ ÁNGELES (Coord.), 2019, p. 16, quien determina que no podría expresarse peor la fórmula «*en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros*» para referirse al lugar de la obtención. MAGRO SERVET, LLP, n.º 137, marzo-abril 2019, señala que la referencia al lugar puede entenderse como superflua ya que lo importante es la vulneración efectiva de la intimidad, y no tanto el lugar donde se hayan captado las imágenes.

(73) Respecto al concepto domicilio, puede verse el análisis realizado por DE LAS HERAS VIVES, 2018, pp. 590-591. También LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en: BACIGALUPO SAGGESE/ FEIJOO SÁNCHEZ/ ECHANO BASALDUA (Coords.), 2016, pp. 1036-1037, hace referencia al domicilio considerando que si bien es un concepto jurídico, la referencia que hace el precepto a «*cualquier otro lugar*» es suficientemente amplia como para abarcar realmente cualquier lugar.

junto con otro extrajurídico y ciertamente impreciso «*fuera del alcance de miradas de terceros*».

Si bien es cierto que el legislador podría haberse expresado mejor (74) o incluso haber suprimido ese elemento del tipo llegando a ser, en mi opinión, redundante con el elemento de menoscabo grave a la intimidad. Dicho lo anterior, comparto la idea de Anarte Borrallo/ Doval Pais (75) y De las Heras Vives (76) de que este límite físico no debe interpretarse como una reducción de las conductas a las que tienen lugar en espacios cerrados, sino, más bien, a la idea de un ámbito con una expectativa razonable de privacidad. Por esta razón, entiendo que podría considerarse la posibilidad de suprimir este elemento. Aun así, no es una cuestión fácil determinar qué se puede encontrar incluido o no en este precepto valorando este elemento espacial. Tendrá que ser la jurisprudencia quien determine dónde está el límite a esta cuestión dependiendo del caso concreto, pero entiendo que debemos centrarnos no en el lugar en el que se ha realizado la grabación, sino en que sea fuera del alcance de la mirada de terceros

---

(74) Proponiendo en este sentido, ANDRINO CARRASCO/ MOYA FUENTES/ OTERO GONZÁLEZ en: ÁLVAREZ GARCÍA (Direct.)/ DOPICO GÓMEZ-ALLER (Coord.), 2013, p. 711, que se modifique la expresión «*o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros*» por la de «*o en cualquier otro lugar al resguardo de la observación ajena*» por tratarse de una expresión más precisa utilizada ya por nuestra jurisprudencia y que sirve para señalar la expectativa razonable de la persona que le resulta suficiente para asegurar la protección de su intimidad. Por otro lado, MORALES PRATS, *RDPP*, n.º 31, mayo-agosto 2013, propone que se sustituya la expresión «*domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros*» por «*lugares privados*», ya que dicha expresión, considera, facilitaría la seguridad jurídica en la aplicación del tipo penal. En contraste con lo anterior, DE LAS HERAS VIVES, 2018, p. 596, manifiesta que esa expresión plantea el inconveniente de valorar qué sucede con los lugares públicos ajenos a la mirada de terceros o en los que se genera una expectativa de privacidad, como por ejemplo, una playa desierta o un sendero rústico inhóspito.

(75) ANARTE BORRALLO/ DOVAL PAIS, *La Ley*, n.º 8744, de 19 de abril de 2016.

(76) DE LAS HERAS VIVES, 2018, p. 579. Como ejemplo, este autor cita una sentencia que resulta interesante para entender a qué se refiere el legislador con esta expresión, STS, 13 de noviembre 2008, donde se castigó por la intromisión ilegítima el hecho de unas fotografías tomadas con cámaras de infrarrojos de una pareja manteniendo relaciones sexuales en el interior de un vehículo en la vía pública, pues estos se habían asegurado «de estacionarlo en un lugar de la vía pública que a esas horas era prácticamente ajeno al tránsito de peatones, de visibilidad nula o muy reducida, que solo en la manera en que procedió el fotógrafo (acercándose hasta la altura de las ventanillas del coche), y con los medios técnicos que empleó (una cámara con infrarrojos) daría lugar a que pudieran ser descubiertos. Vemos con este ejemplo que la intención del legislador no es que sea un lugar cerrado con cuatro paredes sino que exista una expectativa razonable de privacidad por parte de los sujetos.

independientemente de que sea o no un domicilio, un lugar público o uno privado y siempre que exista una expectativa razonable de privacidad (77).

Por último, precisar que el término «*se hubieran obtenido*», que ya se analizó anteriormente, es también importante a este respecto dado que depende cómo se interprete puede volver a cuestionarse si solo se entiende incluida en el tipo la conducta que realiza uno mismo y no la del sujeto pasivo que envía la imagen o grabación. Ello por la expresión «*hubiera obtenido en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros*», lo que podría llegar a significar que el propio sujeto ha de obtenerlas en un determinado lugar (78). Sin embargo, si se aceptase que también se incluye la conducta en el tipo penal cuando es el propio sujeto pasivo el que ha enviado la imagen o grabación no tendría sentido hacer referencia a un lugar, pues un mensaje se puede recibir en cualquier sitio, y no es preciso un determinado ambiente (79). Con esto se intenta justificar la idea de que solo las imágenes obtenidas directamente por el sujeto activo son las que entrarían en el tipo. En cambio, como ya se comentó, no comparto la idea anterior y admito tanto la posibilidad de que la imagen o grabación pueda ser obtenida

---

(77) En el mismo sentido, RUEDA MARTÍN, 2018, p. 165, quien considera que hay que interpretar el concepto «tercero» como aquella persona que no se encuentre involucrada en el mencionado ámbito privado reservado. MAGRO SERVET, *LLP*, n.º 137, marzo-abril 2019, señala que aunque existan terceros en la escena, esas personas tienen el mismo derecho a que sus imágenes no se difundan y, de este modo, proteger su derecho a la intimidad como al resto.

(78) Sobre ello, puede verse, SAP Navarra 165/2018, de 26 de junio, donde se absuelve a un menor que previamente había sido condenado por el delito 197.7 CP, dado que el juez interpretó que no cumple el elemento de «*haberse obtenido en un domicilio o cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros*» ya que la chica se grabó a ella misma y después se lo envió al acusado. Según palabras del juez «*la obtención de la grabación por el expedientado no tuvo lugar en la forma descrita por el tipo penal, a pesar de que la obtuvo con anuencia de la víctima porque se la envió a su móvil, y su difusión también pudo afectar gravemente a la intimidad personal*». Por lo tanto, vemos que en este caso el juez hace una interpretación restrictiva del precepto dejando fuera aquellos vídeos que se graba uno mismo y posteriormente lo envía, idea que no comparto como ha quedado claro en el trabajo. Apoyando mi opinión puede verse, entre muchas otras, SAP Burgos 360/2016, de 08 de noviembre; SAP Lleida 161/2019, de 01 de abril.

(79) OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, *RDPP*, n.º 35, julio-septiembre 2014; Siguiendo a este autor, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en: BACIGALUPO SAGGESE/ FEJOO SÁNCHEZ/ ECHANO BASALDUA (Coords.), 2016, p. 1043, también hace un análisis de la interpretación de la palabra obtención.



directamente por el sujeto activo como enviada por el sujeto pasivo (80).

### 2.1.5 Resultado lesivo: grave menoscabo de la intimidad personal

Por último, se recoge en el tipo una cláusula de salvaguardia, tal y como la denomina Morales Prats (81), que recorta el amplísimo tipo penal exigiendo que la divulgación (no autorizada) «*menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona* (82)». Esto debe valorarse positivamente por cuanto supone un elemento típico de restricción del ámbito de aplicación de este delito y, por tanto, de limitación de la intervención penal solo a aquellos supuestos en que se haya producido una grave afección al bien jurídico protegido (83).

Es criticable que el tipo no limite las conductas a aquellas que afectan al «núcleo duro de la intimidad (84)». Sin embargo, una inter-

---

(80) Sigo aquí la idea de DE LAS HERAS VIVES, 2018, p. 579, desmontando el argumento de OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, señala que ese elemento espacial se refiere a la imagen en sí y es demostrativa de que se quiere tutelar la expectativa de intimidad y no al lugar de recepción. En el mismo sentido, DÍAZ TORREJÓN, 2017, señala que debemos equiparar la obtención con captación y que debe reconducirse el precepto a su finalidad de protección de la intimidad de la víctima, debiendo rechazarse exclusiones o sobreextensiones artificiosas. ZARAGOZA TEJADA, *RAD*, n.º 2, 2019, también rechaza esta postura por ser claramente contraria a la finalidad perseguida por el legislador y a la esencia misma del tipo que no es otra que sancionar la difusión pública de una imágenes obtenidas de manera privada.

(81) MORALES PRATS en: QUINTERO OLIVARES (Direct.)/ MORALES PRATS (Coord.), 2016, p. 1470.

(82) Es criticable, desde un punto de vista formal, la reiteración de la que hace gala el legislador puesto que únicamente está en peligro y puede ser menoscabada la intimidad de la persona cuya imagen es divulgada. COLÁS TURÉGANO en GONZÁLEZ CUSSAC (Direct.)/ GÓRRIZ ROYO/ MATA LLÍN EVANGELIO (Coord.), 2015, p. 666.

(83) PÉREZ CONCHILLO, 2018, p. 85.

(84) El núcleo duro de la intimidad queda fijado tanto por el Reglamento General de Protección de Datos 2016/679 como por la nueva Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales en su art. 9 como por el art. 197.5 CP, donde se consideran datos especiales a los que revelen «*ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico*». Así propone ANDRINO CARRASCO/ MOYA FUENTES/ OTERO GONZÁLEZ en: ÁLVAREZ GARCÍA (Direct.)/ DOPICO GÓMEZ-ALLER (Coord.), 2013, p. 711, la sustitución de la expresión cuando la divulgación menoscabe gravemente «*la intimidad personal de esa persona*» por la de «*la intimidad a la que se refiere el párrafo anterior*» (art. 197.5 CP). Apoyando lo anterior, MORALES PRATS en: QUINTERO OLIVARES (Direct.)/ MORALES PRATS (Coord.), 2016, p. 1471, critica que hubiera sido mejor que el art. 197.7 CP efectuara una remisión al concepto la cual hubiera sido sencilla ya que bastaba con apelar a lo descrito en el art. 197.5 CP

pretación respetuosa con el principio de intervención mínima y última ratio debería circunscribir las conductas punibles a aquellas que difunden imágenes sensibles y no ofrece dificultad descartar imágenes inocuas cuya libérrima divulgación pueda molestar a la persona afectada pero que, de ninguna manera, afecte al contenido esencial de la intimidad (85).

Además, como ya se comentó, la introducción de este elemento hace que quede claramente reflejado que la intención del legislador no es solo limitarlo a la difusión de imágenes o videos de contenido sexual,

---

mediante reenvío, siendo que el legislador ha preferido utilizar una cláusula valorativa abierta que queda en la esfera de poder discrecional del juzgador.

(85) COLÁS TURÉGANO en: GONZÁLEZ CUSSAC (Direct.)/ GÓRRIZ ROYO/ MATALLÍN EVANGELIO (Coord.), 2015, p. 666; COMES RAGA en: LLORIA GARCÍA (Direct.) / CRUZ ÁNGELES (Coord.), 2019, p. 170. En este sentido puede verse, SAP Barcelona 302/2017, de 24 de abril, donde se absuelve al acusado de un delito del art. 197.7 CP. El acusado había enviado unas imágenes en las que aparecía junto con la demandante o bien la demandante sola con la finalidad de demostrar la existencia de una relación sentimental entre ellos a la familia de la demandante. Se apoya la sentencia en que, aunque las imágenes no tuvieran un contenido denigrante, la vulneración es grave porque la conducta del acusado se ha dirigido a revelar un aspecto muy íntimo de la denunciante, como es su situación sentimental, y a un núcleo cercano e importante para ella, como es su familia. Sin embargo, el juez entiende que las imágenes no afectan a intimidad corporal o sexual y que lo que perturba a la denunciante no es la difusión de unas fotografías sino la revelación de un secreto. Además, termina diciendo que no puede pretender que el derecho penal proteja una expectativa de esa naturaleza, cuando el hecho revelado afecta del mismo modo a ambos, por encontrarse en idéntica situación. Como vemos, es difícil acotar qué se entiende por «*menoscabo grave a la intimidad*» y tendrá que ser la jurisprudencia la que lo vaya acotando. Siguiendo esta línea puede verse, SAP Guipúzcoa 140/2019, de 01 de julio, donde el acusado publicó en su página de Facebook una fotografía de la denunciante donde aparecía desnuda pixelando todo el cuerpo y solo pudiéndose ver con claridad su rostro. A lo que el juez determina, «*no cabe entender que con ello se menoscabe gravemente a su intimidad. Por tanto, con la referida publicación no se ha incurrido en el mencionado delito*».

sino que lo excede en mucho, pudiéndose incluir todas aquellas imágenes que supongan una lesión grave (86) al bien jurídico intimidad (87).

Para cerrar esta cuestión, es importante precisar que este menoscabo grave de la intimidad personal no se presume, sino que tendrá que ser probado a través de cualquiera de las formas admitidas en derecho, siendo la forma más idónea un informe emitido por el psicólogo o psiquiatra forense adscrito al juzgado, sin perjuicio de utilizar otros medios probatorios como la prueba testifical de personas cercanas a la víctima, entre otras (88).

## 2.2 TIPO SUBJETIVO. DOLO Y ERROR DE TIPO

El tipo subjetivo comprende el dolo del autor, en cualquiera de sus manifestaciones. De este modo, exige que el sujeto activo tenga la inteligencia de saber y la voluntad de querer llevar a cabo la conducta típica consistente en difundir, revelar o ceder a terceros las imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con autorización de la víctima, a sabiendas de que no tiene consentimiento para enviarlas a terceros y vulnerar así la intimidad ajena. El dolo puede ser en cualquiera de sus modalidades: dolo directo de primer o segundo grado, o dolo eventual (89). Por lo tanto, se dará cuando el sujeto activo tenga conocimiento y voluntad de que concurren todas las circunstancias legales del tipo. Esto ocurrirá cuando 1. persiga lesionar la intimidad divulgando la imagen típica, 2. asuma que dicha lesión se producirá con

(86) Respecto del término grave OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, *RDPP*, n.º 35, julio-septiembre 2014, señala que no es ajeno al Código penal pero en todos ellos se apunta algún criterio a la hora de valorar esta gravedad. Sin embargo, en la norma estudiada no se apunta ningún criterio que ayude a su clarificación, lo que hace muy difícil una interpretación válida que ofrezca una cierta seguridad jurídica. Como solución propone que se tengan en cuenta dos criterios: uno cuantitativo si la difusión se ha hecho «viral» y otro cualitativo, cuando afecte al «núcleo duro de la privacy». En el mismo sentido lo consideran, CASTELLÓ NICÁS en: MORILLAS CUEVA (Direct.), 2015, p. 502; COLÁS TURÉGANO en: GONZÁLEZ CUSSAC (Direct.)/ GÓRRIZ ROYO/MATALLÍN EVANGELIO (Coord.), 2015, p. 670; DÍAZ TORREJÓN, 2017, este último autor determina que deberemos de acudir a la casuística y atender al análisis conjunto del contenido del material divulgado: actitud del sujeto pasivo en las imágenes, su edad y madurez e incluso comportamientos previos del mismo. MORALES PRATS en: QUINTERO OLIVARES (Direct.)/ MORALES PRATS (Coord.), 2016, p. 1470, señala que este elemento es grave, pues como todo concepto jurídico indeterminado queda al albur de oscilaciones interpretativas.

(87) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA en: BACIGALUPO SAGGESE/ FEJOO SÁNCHEZ/ECHANO BASALDUA (Coords.), 2016, p. 1035; DÍAZ TORREJÓN, 2017.

(88) DE LAS HERAS VIVES, 2018, p. 621.

(89) En el mismo sentido, DE LAS HERAS VIVES, 2018, p. 621; PÉREZ CONCHILLO, 2018, p. 87.

seguridad, aunque no la persiga directamente y 3. o aun ni persiguiendo ni previendo el resultado como seguro, asuma como posible la lesión de la intimidad integrando su causación en su voluntad (90). Se excluye la comisión por imprudencia (91) al no estar prevista expresamente tal modalidad para el delito de que se trata en el Código penal lo que, como sabemos, exige el art. 12 CP.

Debe llamarse la atención al supuesto de que sea la víctima la que, por error, proporciona sus imágenes a un tercero. La posibilidad de aplicar el art. 197.7 CP podría pasar por cuestionar si la voluntariedad en el envío que realiza la víctima abarca toda la extensión de la anuencia que demanda el tipo, de tal manera que la errónea identificación del destinatario resulte irrelevante; o si, por el contrario, el error que impregna el envío a un individuo diferente del querido implica que deba quedar excluida la anuencia y, por ello, la aplicabilidad del tipo (92). Coincidiendo con un sector doctrinal me inclino más por la segunda posibilidad, dado que la voluntad de la víctima adolece de un error esencial que impide considerar que se dé la anuencia requerida por el tipo.

Por último, cabe señalar que el caso más habitual de error en este tipo es aquel en el que el sujeto activo actúa en la creencia de que cuenta con el consentimiento para la difusión de las imágenes o grabaciones, sin ser realmente así. En este supuesto la conducta quedaría impune al tratarse el art. 197.7 CP de un delito doloso que no admite su punición por imprudencia, por lo que el error de tipo vencible también llevaría a la exención de responsabilidad penal (93).

### III. BIBLIOGRAFÍA

ALMENAR PINEDA, Francisco, *Ciberdelincuencia –teoría y práctica–*, Editorial Juruá, Porto, 2018.

ALTOZANO, Manuel, La ciberintimidad de Olvido Hormigos, *El país*, [https://elpais.com/sociedad/2013/04/26/actualidad/1367001448\\_404152.html](https://elpais.com/sociedad/2013/04/26/actualidad/1367001448_404152.html), 26 abril 2013.

---

(90) OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, *RDPP*, n.º 35, julio-septiembre 2014; DE LAS HERAS VIVES, 2018, pp. 599 y 600.

(91) COLÁS TURÉGANO en GONZÁLEZ CUSSAC (Direct.)/ GÓRRIZ ROYO/ MATALLÍN EVANGELIO (Coord.), 2015, p. 670; DÍAZ TORREJÓN, 2017, señalan que si la cesión, descubrimiento, o difusión es fruto de una conducta negligente no habrá responsabilidad penal, sin perjuicio de la posible responsabilidad en vía civil.

(92) DÍAZ TORREJÓN, 2017; COMES RAGA en: LLORIA GARCÍA (Direct.) / CRUZ ÁNGELES (Coord.), 2019, p. 171.

(93) En el mismo sentido lo consideran, OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, *RDPP*, n.º 35, julio-septiembre 2014; PÉREZ CONCHILLO, 2018, p. 87.

- ANARTE BORRALLO, Enrique/ DOVAL PAIS, Antonio, Efectos de la reforma de 2015 en los delitos contra la intimidad, *Diario La Ley*, n.º 8744, de 19 de abril de 2016.
- ANDRINO CARRASCO, M.ª Mar/ MOYA FUENTES, M.ª Mar/ OTERO GONZÁLEZ, M.ª Pilar en: ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Direct.)/ DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (Coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 707-712.
- ARNAIZ VIDELLA, Javier, El sexting en el código penal español, *Diario La Ley*, n.º 8995, de 7 de junio de 2017.
- CASTELLÓ NICÁS, Nuria, Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, y delitos contra el honor en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Direct.), *Estudios sobre el Código Penal Reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson S.L, Madrid, 2015, pp. 487-509.
- COLÁS TURÉGANO, Asunción, Nuevas conductas delictivas contra la intimidad (Arts. 197; 197 BIS; 197 TER) en: GONZÁLEZ CUSSAC, José L. (Dir.)/ GÓRRIZ ROYO, Elena / MATALLÍN EVANGELIO, Ángela (Coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch reformas, Valencia, 2015, pp. 663-685.
- COMES RAGA, Ignacio, El delito de sexting en el Código Penal de 2015 en: LLORIA GARCÍA, Paz (Direct.) / CRUZ ÁNGELES, Jonatan (Coord.), *La violencia sobre la mujer en el siglo XXI: género, derecho y TIC*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 155-166.
- COMES RAGA, Ignacio, La protección penal de la intimidad a través de la difusión in consentida de sexting ajeno, *La Ley penal*, n.º 105, noviembre-diciembre 2013.
- DE LAS HERAS VIVES, Luis, A vueltas sobre el mal llamado delito de sexting: los problemas de legislar a golpe de titular, esto es, rápido y mal, *IDIBE*, <https://idibe.org/tribuna/vueltas-mal-llamado-delito-sexting-los-problemas-legislar-golpe-titular-rapido-mal/>, 13/06/2019.
- DE LAS HERAS VIVES, Luis, *Protección penal de la intimidad. Una revisión crítica a propósito del nuevo artículo 197.7 del código penal español*, 2018, (tesis doctoral). Consultado online: <https://www.tdx.cat/handle/10803/461084#page=1>
- DÍAZ TORREJÓN, Pedro, Tratamiento penal del sexting «Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por la LO 1/2015» *CEJ*, [www.cejmjusticia.es/cej\\_dode/flash/ebook/cejebook.jsp](http://www.cejmjusticia.es/cej_dode/flash/ebook/cejebook.jsp), del 13 al 14 de julio de 2017, del 13 al 14 de julio de 2017.
- DURÁN SECO, Isabel, El sujeto activo del delito de difusión in consentida de imagen o grabaciones audiovisuales obtenidas con consentimiento, en: DE VICENTE REMESAL, Javier/ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel/ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel/ OLAIZOLA NOGALES, Inés/ TRAPERO BARREALES, María A./ ROSO CAÑADILLAS, Raquel/ LOMBANA VILLALBA, Jaime (Coords.), *Libro Homenaje al Prof. Luzón Peña*, Reus, Madrid, 2020, (en prensa).
- FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, Reforma del Código Penal: hacia una nueva dimensión de la protección de la víctima en los delitos de sexting y grooming, *Diario La Ley*, n.º 8714, de 3 de marzo de 2016.

- GONZÁLEZ COLLANTES, Tàlia, Los delitos contra la intimidad tras la reforma de 2015 -Luces y sombras-, *Revista de derecho penal y criminología*, n.º 13, 2015.
- JAREÑO LEAL, Ángela, El derecho a la imagen como bien penal, en: BOIX REIG, Javier (Direct.) / JAREÑO LEAL, Ángela (Coord.), *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 109-126.
- JUANATEY DORADO, Carmen /DOVAL PAIS, Antonio, Límites a la protección penal de la intimidad frente a la grabación de conversaciones o imágenes en: BOIX REIG, Javier (Direct.) / JAREÑO LEAL, Ángeles (Coord.), *La protección jurídica de la intimidad*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 127-171.
- LLORIA GARCÍA, Paz, Delitos y redes sociales: los nuevos atentados a la intimidad, el honor y la integridad moral –Especial referencia al «sexting»–, *La Ley penal*, n.º 105, noviembre-diciembre 2013.
- LLORIA GARCÍA, Paz, La difusión in consentida de imágenes íntimas (sexting) en el proyecto de Código Penal de 2013, *elderecho.com*, <https://elderecho.com/la-difusion-inconsentida-de-imagenes-intimas-sexting-en-el-proyecto-de-codigo-penal-de-2013>, 11/10/2013.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, La intimidad después de la reforma del artículo 197 del Código Penal: la divulgación sin consentimiento de imágenes o grabaciones obtenidas con consentimiento, en: BACIGALUPO SAGGESE, Silvina/ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo/ ECHANO BASALDUA, Juan Ignacio (Coords.), *Estudios de derecho penal –Homenaje al profesor Miguel Bajo-*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 1019-1045.
- LÓPEZ ORTEGA, Juan José, La utilización de medios técnicos de observación y vigilancia en la LECrim. (LO 13/15), en: LÓPEZ ORTEGA, Juan José (Direct.)/ SALÓN PIEDRA, Juan Diego / VALENZUELA YLIZARBE, Fredy, *El derecho a la intimidad –nuevos y viejos debates–*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 15-49.
- MAGRO SERVET, Vicente, El delito de sexting (o difusión de imágenes tomadas con consentimiento de la víctima) en la violencia de género, *La Ley penal*, n.º 137, marzo-abril 2019.
- MENDO ESTRELLA, Álvaro, Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 18, 2016.
- MORALES PRATS, Fermín, Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Direct.)/ MORALES PRATS, Fermín (Coord.), *Comentarios al Código penal español*, Aranzadi S.A, Navarra, 2016, pp. 1427-1488.
- MORALES PRATS, Fermín, Delitos contra la intimidad: Arts. 197.4 bis y 203.2-3, en: ÁLVAREZ GARCÍA (Direct.); DOPICO GÓMEZ-ALLER (Coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, 2013, pp. 713-714.
- MORALES PRATS, Fermín, La proyectada reforma de los delitos contra la intimidad a propósito del «caso hormigos», *Revista derecho y proceso penal*, n.º 31, mayo-agosto 2013, pp. 11-13.
- OLMO FERNÁNDEZ-DELGADO, Leopoldo, El nuevo delito contra la intimidad en el proyecto de reforma de código penal de 2013 y el «caso Olvido

- Hormigos», *Revista derecho y proceso penal*, n.º 35, julio-septiembre 2014.
- PÉREZ CONCHILLO, Eloísa, *Intimidación y difusión de sexting no consentido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- PÉREZ DÍAZ, Raquel, El fenómeno *sexting* entre menores, *Diario La Ley*, n.º 9039, de 12 de septiembre de 2017.
- PERIS HERNÁNDEZ, Montserrat / MAGANTO MATEO, Carmen, *Sexting, sextorsión, grooming identificación y prevención*, Ediciones Piramide, Madrid, 2018.
- PICAZO SÁNCHEZ, Laura, *El video viral –claves de difusión masiva–*, 2017, (tesis doctoral). Consultado online: <http://eprints.ucm.es/42300/1/T38696.pdf>
- PUNTE ABA, Luz María, Delitos contra la intimidad y nuevas tecnologías, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 21, 2007.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, en: ROMEO CASABONA, Carlos María / SOLA RECHE, Esteban / BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (Coords.), *Derecho penal. Parte Especial. Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015*, de 30 de marzo, Editorial Comares S.L, Granada, 2016, pp. 191-210.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Sección 3.ª-Tipo, octubre 2014.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo II. Especiales formas de aparición del delito*, Sección 8.ª- Autoría y participación, octubre 2014.
- RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La nueva protección de la vida privada y de los sistemas de información en el Código penal*, Atelier, Barcelona, 2018.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E., Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio (I), en: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Direct.), *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 305-325.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, *Honor, intimidad y propia imagen*, Editorial Juruá, Lisboa, 2017.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Miriam, El derecho a la intimidad y el nuevo delito de *sexting* en: LÓPEZ ORTEGA, Juan José (Direct.)/ SALÓN PIEDRA, Juan Diego/ VALENZUELA YLIZARBE, Fredy (Coords.), *El derecho a la intimidad –nuevos y viejos debates–*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 193-209.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, Carmen, Delitos contra la intimidad y redes sociales (en especial, en la jurisprudencia más reciente), *IDP: revista de Internet, derecho y política = revista d'Internet, dret i política*, n.º 27, septiembre 2018.
- VILLEGAS GARCÍA, M.ª Ángeles, Imágenes íntimas e internet. Cerco legislativo a la venganza privada en la red, *Actualidad jurídica Aranzadi*, n.º 876, 2014.
- ZARAGOZA TEJADA, Javier Ignacio, El «revenge porn» análisis del artículo 197.7 CP desde el punto de vista del derecho comparado, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 2, 2019.

#### IV. ANEXO JURISPRUDENCIAL

STC núm. 134/1999, de 15 de julio de 1999.  
SAP de Lleida núm. 90/2004 de 25 de febrero de 2004.  
SAP de Palencia núm. 32/2006 de 28 de junio de 2006.  
STS de 13 de noviembre 2008.  
STC núm. 173/2011, de 7 de noviembre de 2011.  
Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Orgaz de 15 de marzo de 2013.  
SAP de Bilbao núm. 39/2014 de 19 de febrero de 2014.  
SAP de Granada núm. 351/2014 de 5 de junio de 2014.  
SAP de Granada núm. 486/2014 de 18 de septiembre de 2014.  
SAP de Barcelona núm. 972/2014 de 14 de octubre de 2014.  
SJP de Pamplona/Iruña núm. 310/2015 de 2 de diciembre de 2015.  
SAP de Madrid núm. 461/2016, de 29 de junio de 2016.  
SAP de Burgos núm. 360/2016, de 08 de noviembre de 2016.  
SAP de Gran Canaria núm. 81/2017, de 14 de marzo de 2017.  
SAP de Barcelona núm. 302/2017, de 24 de abril de 2017.  
STS núm. 360/2017, de 19 de mayo 2017.  
SAP de Madrid núm. 372/2017, de 21 de junio de 2017.  
SAP de las Islas baleares núm. 197/2017, de 31 de julio de 2017.  
STS núm. 803/2017, de 11 de diciembre 2017.  
SAP de Almería núm. 76/2018, de 14 de febrero de 2018.  
SAP de Burgos núm. 228/2018, de 15 de junio de 2018.  
SAP de Navarra núm. 165/2018, de 26 de junio de 2018.  
SAP de Madrid núm. 515/2018, de 19 de julio de 2018.  
SAP de Cáceres núm. 308/2018, de 29 de octubre de 2018.  
SAP de Oviedo núm. 125/2019 de 28 de marzo de 2019.  
SAP de Lleida núm. 161/2019, de 01 de abril de 2019.  
SAP de las Islas Baleares núm. 244/2019, de 01 de julio de 2019.  
SAP de Guipúzcoa núm. 140/2019, de 01 de julio de 2019.



La Ley de Responsabilidad Penal Empresaria de la  
República Argentina (27.401) y la Responsabilidad de  
la Persona Jurídica

JOSÉ DANIEL CESANO (1)

I. ALGUNAS APRECIACIONES POLÍTICO-CRIMINALES

Se ha señalado que la tarea parlamentaria, ponderada desde una dimensión diacrónica y en comparación con la labor del Poder Ejecutivo, aparece como el producto del tiempo largo, que marca su identidad y, por consiguiente, la manera en que desempeña sus funciones y las actividades que se relacionan con éstas (2).

Este tiempo largo es constitutivo de una identidad institucional, a partir de la cual se desarrollan las funciones del parlamento (3). Por el contrario, la actividad del poder ejecutivo suele distinguirse, más bien, con las necesidades del instante. En palabras de Basile Ridard «Le rythme politique semble ainsi varier dans de proportions importantes selon qu'il s'inscrit dans le cadre de Parlement ou au-delà» (4).

---

(1) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor de Posgrado en la Carrera de Especialización de Derecho Penal (U.N. de Córdoba) y en la Maestría en Derecho Penal (U. Austral). Vicedirector del Instituto de Ciencias Penales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires.

(2) CARTIER, Emmanuel, «Le Parlement et la durée», en AA. VV., *Le Parlement et le temps. Approche Comparée*. Sous la direction scientifique de Giles Toulemonde et Emmanuel Cartier, Institut Universitaire Varenne, Collection Colloques & Essais, 2017, p. 41.

(3) CARTIER, «Le Parlement et la durée», *op. cit.*, p. 42.

(4) *cf.*: «L'activité parlementaire et l'instant», en, *Le Parlement et le temps...*, *op. cit.*, p. 77.

Esta descripción, sin embargo, exige, actualmente, una precisión: estos ritmos jurídicos diversos, hoy, suelen desdibujarse; de manera tal que aquella tarea reposada de los tiempos parlamentarios se ven jaqueadas con estos ritmos del ejecutivo; que se caracterizan por priorizar el instante. Matarella lo ha dicho con una prosa elegante: «I parlamentari sono continuamente impegnati a convertire rapidamente decreti legge governativi scritti frettolosamente, e la settimana parlamentare é sempre piú breve. Le manovre economiche vengono approvate a scatola chiusa, magari sulla base di maxiemendamenti presentati alla fine della discussione parlamentare. Perfino i lobbyisti trascurano i parlamentari e preferiscono concentrare le loro attenzioni sui ministri e sui loro collaboratori» (5).

¿Por qué hacemos estas referencias?

Simplemente porque, en estas páginas nos proponemos describir aspectos de la reciente ley 27.401, que introdujo en Argentina, la responsabilidad penal de la persona jurídica; descripción que, en algunas cuestiones, lamentablemente, permite apreciar los efectos desfavorables que puede producir una sanción apresurada de un producto normativo; premura que no parece tener un justificativo racional, sino, más bien, ser el resultado de la presión de grupos económicos internacionales –en este caso la OCDE– que no sólo marcan la agenda legislativa sino que, además, catalizan sus productos normativos con notas de preponderancia.

## II. NATURALEZA Y CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD

A diferencia de lo sucedido con las reformas al Código Penal argentino por las leyes n.º 26.683 y 26.733, la Ley de Responsabilidad Penal Empresarial, n.º 27.401, introdujo un verdadero sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas. Actualmente, aquellas discusiones que se produjeron en relación a los artículos 304 y 313 del Código, en orden a la naturaleza de la responsabilidad que dichos textos establecían, han perdido su razón de ser (6).

---

(5) MATTARELLA, Bernardo Giorgio, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Il Mulino. Studi e Ricerche, Bologna, 2011, Capitolo Secondo, Versión kindle, posición 497.

(6) Sobre esta discusión, *cfr.* CESANO, José Daniel, «Las sanciones a las personas jurídicas en las leyes 26.683, 26.733 y 26.734», *Revista de Derecho Penal. Dere-*

En efecto, la conjunción de argumentos lingüísticos, sistemáticos y genéticos, nos permiten afirmar que la ley 27.401 implicó un abandono del viejo principio *Societas delinquere non potest*.

Lingüísticamente porque los artículos 1.º, 2.º y 7.º de la citada ley, utilizan expresiones idiomáticas que se identifican con esta forma de responsabilidad (penal); especialmente en orden a las consecuencias jurídicas establecidas; las que, a diferencia del mencionado artículo 304 del Código penal, ya no hablan de *sanciones* sino, directamente, de *penas*.

Desde una perspectiva sistemática, también parece claro que la nueva ley alude a una forma de responsabilidad penal en la medida que, al modificar el artículo 1.º del Código penal, amplió el ámbito de la aplicación espacial de la ley penal para el caso del delito previsto en el artículo 258 bis, del mismo cuerpo legal, cometido en el extranjero, por *personas jurídicas* con domicilio en la República Argentina, ya sea aquel fijado en sus estatutos o el correspondiente a los establecimientos o sucursales que posea en el territorio argentino. La previsión, reconoce así, que la figura delictiva del Cohecho y tráfico de influencias transnacional puede tener como agente a una corporación, lo que ratifica la naturaleza penal de la responsabilidad que se establece.

Finalmente, el análisis de los antecedentes parlamentarios –más allá de la notable precariedad que los caracterizan– también ofrece argumentos en esta dirección. Por ejemplo, en la primera intervención de la Cámara de Diputados, hay un pasaje de la alocución de la legisladora María Gabriela Burgos que es esclarecedora de este aspecto; en tanto, su argumentación se encarga de contrastar la realidad normativa vigente al tiempo de la propuesta con lo que el proyecto presentado representaba: «En la República Argentina» –dijo la diputada– «no existía una pena para los delitos contra la administración pública, destinada a las personas jurídicas; solamente se aplica a las personas humanas, a las personas físicas» (7); reconociendo, además, que esta iniciativa «tampoco es una novedad a nivel internacional porque son muchos los países que hoy en día han dado cumplimiento a la normativa internacional»; en referencia a las recomendaciones de la OCDE.

Ahora bien, el sistema de responsabilidad penal que establece la ley Argentina es de carácter especial; entendiendo por tal a aquellos

---

*cho Penal Económico. Delitos contra el orden económico y financiero (Título XIII del Código Penal)* – I, Rubinzal – Culzoni Editores, 2015– 1, Santa Fe, pp. 41/67.

(7) Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Período 135.º, 11.ª Reunión, 7.ª Sesión, Sesión Ordinaria (Especial), 28 de junio de 2017, p. 24.

sistemas en los cuales la posibilidad de imputar a las corporaciones queda legalmente limitada a un determinado *numerus clausus* de delitos; rechazando algunas experiencias legislativas extranjeras, como es el caso, por ejemplo, de Holanda, que adoptó un modelo diverso al aceptar la responsabilidad de las personas jurídicas por cualquiera de las infracciones previstas en su legislación penal. En el caso de la ley argentina, el artículo 1.º circunscribe este régimen a los siguientes delitos: a) Cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional, previstos por los artículos 258 y 258 bis del Código Penal; b) Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, previstas por el artículo 265 del Código Penal; c) Concusión, prevista por el artículo 268 del Código Penal; d) Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, previsto por los artículos 268 (1) y (2) del Código Penal y e) Balances e informes falsos agravados, previsto por el artículo 300 bis del Código Penal.

Una cuestión de interés se vincula con las entidades penalmente responsables. Nieto Martín y García Moreno, han señalado que el Derecho comparado muestra que este concepto está sometido «a un buen número de modificaciones, restricciones y ampliaciones a la hora de diseñar el ámbito subjetivo de la responsabilidad» (8); verificándose aspectos divergentes que reflejan importantes problemas de política criminal y técnicos.

La ley sancionada concreta las entidades penalmente responsables en las «personas jurídicas privadas, ya sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal».

Tres cuestiones parece conveniente precisar en relación a este aspecto:

Por una parte, que quedan excluidas –como de hecho sucede, por regla, en el derecho extranjero– las personas jurídicas públicas, de acuerdo a la clasificación y enumeración taxativa que surge de los artículos 145 y 146 del Código Civil y Comercial de la república Argentina.

En segundo lugar, dentro del concepto de persona jurídica privada, la ley argentina no excluye a ninguna entidad y tampoco diferencia los sujetos en atención a las dimensiones del ente ideal. Este último dato es relevante; especialmente si tenemos en cuenta lo que sucediera con el despacho de la mayoría, aprobado por la Comisión

---

(8) NIETO MARTÍN, Adán – GARCÍA MORENO, Beatriz, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una visión desde el derecho comparado y europeo», en Marcelo A. RIQUERT (Director), *Insolvencias punibles y delitos contra el orden económico y financiero*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2017, pp. 456/457.

de Legislación Penal y de Legislación General, de la Cámara de Diputados de la Nación, que excepcionaba, de entre las entidades responsables, a las pequeñas y medianas empresas (en adelante PyMEs) (9); texto que mereció una crítica, en la reunión de comisión de la Cámara de Senadores, por parte de la Licenciada Laura Alonso, titular de la Secretaría de ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción del gobierno nacional, quien había tenido una intervención protagónica en el anteproyecto que remitiera el Poder Ejecutivo Nacional (10).

Esta omisión es muy delicada (11) porque, por regla, las PyMEs se caracterizan por manejarse con cierta informalidad y sus capacidades de administración se encuentran limitadas. Laura Lavia ha señalado que «la implantación y desarrollo de una cultura de cumplimiento es mucho más difícil para las PyMEs que para las grandes empresas, dado que no tienen personal capacitado y cuentan con fondos limitados para contratar especialistas o profesionales que los asistan en estos procesos. Por otra parte, las normas que establecen el cumplimiento de requisitos u obligaciones son de compleja interpretación y, adicionalmente, muchos reguladores imponen exigencias formales que encarecen y hacen engorroso el cumplimiento» (12). En tal sentido, no puede perderse de vista que las PyMEs son empresas pequeñas, con características económicas propias, objetivos diferenciados de corto y mediano plazo y organización burocrática simple (13). Esto, necesariamente, debió ser atendido por el legislador; sobre todo

---

(9) Decía el artículo 2.º, *in fine*, del texto contenido en dicho despacho: «Esta última disposición no será aplicable a aquellas personas jurídicas establecidas en los términos de la ley 25.300, de fomento para la micro, pequeña y mediana empresa, o aquella que la reemplace». *Cfr.* Cámara de Diputados de la Nación, Sesiones Ordinarias 2017, Orden del Día N.º 1367, 15 de junio de 2017, p. 1.

(10) ALONSO, expresamente, señaló: «Las pymes no tienen por qué ser excluidas» (*cfr.* *Cfr.* Versión Taquigráfica, 1.º de agosto de 2017, Publicación de la Dirección General de Taquígrafos, p. 16).

(11) Personalmente destacamos esta cuestión, frente al texto que aprobara el Senado de la Nación. Al respecto, *cfr.* CESANO, José Daniel, «De paseo por las Cámaras... (Observaciones al sistema de penas en el proyecto de ley de responsabilidad penal empresaria aprobado por la Cámara de Senadores de la Nación)», *Revista de Derecho Penal. Derecho Penal Económico. Delitos contra el orden económico y financiero (Título XIII del Código Penal) – VI*, Rubinzal-Culzoni Editores, 2017– 2, Santa Fe, pp. 58 y 60.

(12) LAVIA, Laura, «Desafíos en materia de compliance: Diseño e implementación de un programa de compliance eficaz», en Francisco CASTEX (Director) – Andrés M. DUBINSKI – Sebastián MARTÍNEZ (Coordinadores), *Responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance*, Ed. Ad – Hoc, Bs. As., 2018, p. 180.

(13) *Cfr.* RASPALL, Miguel Ángel – RASPALL, María Laura – RUBIOLO, Miguel Rubén, *Transferencia de empresas*, Ed. Astrea, Bs. As., 2017, p. 26.

frente a las altas exigencias que representan los programas de cumplimiento que diseña la propia ley que analizamos.

Finalmente, un problema que también merece atención es el de las transformaciones que pudiese experimentar la persona jurídica como consecuencia de su reorganización.

Trasladando la cuestión al ámbito del Derecho societario, el concepto de reorganización alude «al conjunto de operaciones que, de manera alternativa o acumulativa, permiten reconfigurar la estructura jurídica de las sociedades comerciales, uniendo o desuniendo organizaciones jurídicas y económicas, en pos de alcanzar diversos objetivos empresariales» (14). La reorganización se origina en la permanente evolución y modificación de las circunstancias por las cuales atraviesan las sociedades. La fusión y la escisión «se insertan en los denominados procesos de reorganización societaria que regulan una mejor asignación de recursos económicos y funcionales de dos o más empresas» (15).

Estos fenómenos han merecido en la ley argentina una solución concreta; distinguiendo las transformaciones que derivan de algún instituto jurídico de reorganización regulado por el derecho societario de aquéllas que no se vinculan directamente con estos mecanismos.

En relación a la primera situación, el artículo 3.º, 1.º párrafo, de la ley 27.401, resuelve la cuestión en los siguientes términos: «En los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, la responsabilidad de la persona jurídica es transmitida a la persona jurídica resultante o absorbente».

Hay transformación cuando una determinada sociedad, definida según alguno de los tipos establecidos, adopta otro de los tipos previstos por el Capítulo II de la ley 19.550. En tal caso, según la previsión del artículo 74 de la Ley General de Sociedades, en ente que se transforma no se disuelve ni se alteran sus derechos y obligaciones.

La fusión comprende dos situaciones: a) cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva y b) cuando una ya existente incorpora a una u otras, que sin liquidarse son disueltas.

En tales casos, la nueva sociedad o la incorporante «adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas,

---

(14) Cfr. GEBHARDT, Marcelo (Director) – ROMERO, Miguel Álvaro (Coordinador), *Sociedades. Según la reforma de la ley 26.994*, Ed. Astrea, Bs. As., 2016, p. 173.

(15) RASPALL, Miguel Ángel – RASPALL, María Laura – RUBIOLLO, Miguel Rubén, *Transferencia de empresas, op. cit.*, p. 404.

produciéndose la transferencia total de sus respectivos patrimonios al inscribirse en el Registro Público de Comercio el acuerdo definitivo de la fusión y el contrato o estatuto de la nueva sociedad, o el aumento de capital que hubiere tenido que efectuar la incorporante» (artículo 82, 2.º párrafo, ley 19.550).

Por su parte, la escisión, según el artículo 88 de la ley 19.550 se verifica cuando: a) una sociedad, sin disolverse, destina parte de su patrimonio para fusionarse con sociedades existentes o para participar con ellas en la creación de una nueva sociedad; b) una sociedad, sin disolverse, destina parte de su patrimonio para constituir una o varias sociedades nuevas; o c) una sociedad se disuelve sin liquidarse para constituir con la totalidad de su patrimonio nuevas sociedades.

La ley 27.401 ha receptado aquí una suerte de *responsabilidad sucesiva*; solución normativa que las fuentes utilizadas por el legislador argentino han receptado claramente. En efecto, en el caso del Código penal español, su artículo 130.2.1.º párrafo, así lo hizo al preceptuar que: «La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión»; facultando al órgano jurisdiccional que, para estos supuestos, «podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella».

Lo mismo sucede en el derecho norteamericano para el caso de los *mergers*. Con tal expresión, el derecho societario estadounidense entiende la fusión de dos *corporations* entre sí; integrándose en una sola entidad. En la actualidad, según señala Villegas García, en la mayor parte de las jurisdicciones estatales «las entidades resultantes de estos procesos asumirán las obligaciones y las responsabilidades de las entidades que se disuelvan como consecuencia de los mismos» (16).

La solución adoptada por la ley argentina, para tales casos, ha sido juzgada como razonable al «darle eficacia a la norma y evitar cualquier evasión del cumplimiento de las penas» (17); afirmación con la que coincidimos por cuanto, como lo ha sostenido el Tribunal de Jus-

---

(16) VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*, Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra, 2016, p. 266.

(17) CASTEX, Francisco – DUBINSKI, Andrés M., «La nueva ley 27.401 y la responsabilidad penal empresarial», en CASTEX (Director) – DUBINSKI – MARTÍNEZ

ticia de la Unión Europea, en relación al derecho sancionador de la competencia, «[s]i se excluyera la trasmisión de dicha responsabilidad, una fusión constituiría un medio para que una sociedad escapara de las consecuencias de las infracciones que hubiera cometido (...)» (18).

Finalmente, el párrafo 2.º, del citado artículo 3.º de la ley 27.401, clausura las cuestiones referidas a este aspecto de la temática analizada, regulando aquellas situaciones que, sin importar un estricto caso de reorganización jurídica expresamente previsto por la ley mercantil, se relacionen con alguna forma posible de mutación, como podría ser una sustitución del nombre de la corporación (19), previendo que, para dichas hipótesis, subsista la responsabilidad penal de la persona jurídica «cuando, de manera encubierta o meramente aparente, continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos».

### III. LOS MODELOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

Determinada la naturaleza y algunos caracteres de la responsabilidad que ha establecido la ley argentina, debemos ahora indagar cual es el modelo al que responde el sistema legal previsto en ella.

La doctrina científica viene individualizando tres grandes modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas (20).

El primero, al que denominaremos de *responsabilidad derivada*, también conocido como de *transferencia* o *vicarial*, se caracteriza porque «hace recaer sobre la persona jurídica la responsabilidad penal

---

(Coordinadores), *Responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance*, *op. cit.*, p. 26.

(18) TJUE, Sala Quinta, Asunto C-343/13; citado por NIETO MARTÍN – GARCÍA MORENO, «La responsabilidad (...)», *op. cit.*, p. 461.

(19) Señala MUGUILLO, Roberto Alfredo, *Derecho societario*, Ed. Thomson Reuters – La Ley, Bs. As., 2017, p. 54: «El nombre (razón o denominación social) es el atributo identificatorio por excelencia de la sociedad como persona y como tal interesa no sólo a ésta y a los socios, sino también al orden jurídico en general. Por ello no es posible considerar el nombre comercial pura y exclusivamente como un derecho subjetivo de las personas jurídicas, sino también como un instituto de policía civil, regulado en función de los intereses jurídicamente protegidos, cuales son la seguridad y la estabilidad de las relaciones contractuales».

(20) NIETO MARTÍN – GARCÍA MORENO, «La responsabilidad penal...», en RIQUERT, (Dirección), *Insolvencias punibles...*, *op. cit.*, p. 465.



de una persona natural, en virtud de algún criterio de conexión entre una y otra, generalmente la circunstancia de ser la persona natural órgano o al menos subordinado del ente moral» (21). En este sistema suele ubicarse, por ejemplo, al código penal francés; tal cual consagra originariamente (22) a la responsabilidad penal de las personas morales (art. 121-2, al. 1).

Un segundo modelo es el de *responsabilidad autónoma u originaria*, en virtud del cual «la responsabilidad surge directamente de una conexión entre el hecho prohibido y una característica de (o un cierto estado de cosas en) la entidad, siendo irrelevante la eventual responsabilidad de una persona natural» (23). Según Pradel, este modelo ha sido consagrado en la legislación holandesa, belga y suiza (24), entre otros. Asimismo, se considera que, en 1998, *Tiedemann incorporó* aspectos de esta concepción en la discusión alemana a partir de la «culpa organizativa como base de la multa al ente colectivo», a partir de la lesión de deberes prevista por el parágrafo 30 de la Ordenanza Federal de Infracciones al Orden. «Esta prescripción establecía la vinculación entre la conducta del directivo y la imposición de una multa a la persona jurídica basada en una auténtica violación del deber de organización de la propia corporación (...)» (25).

---

(21) HERNÁNDEZ, Héctor, «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile», *Polít. crim.* Vol. 5, N.º 9 (Julio 2010), Art. 5, p. 216. Disponible en [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_05/n\\_09/Vol5N9A5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf). Accedido: 05/05/2018.

(22) Hacemos esta aclaración porque la ley del 12 de julio de 2000 ha modificado los artículos 121-2 y 121-3, dando lugar a la introducción de un caso posible de responsabilidad de la persona jurídica basado en el defecto de la organización. Al respecto, *cfr.*, PRADEL, Jean, *Droit Pénal Comparé*, 4e edition, Dalloz, Paris, 2016, p. 190.

(23) HERNÁNDEZ, «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile», *op. cit.*, p. 216. Parte de las aportaciones que nutren a este modelo provienen de posiciones teóricas que adoptan una concepción respecto de las corporaciones tributaria de los sistemas sociales autopoieticos. En efecto, como lo señala GÓMEZ-JARA DÍEZ «la concepción de la empresa como sistema autopoietico, esto es, como sistema autónomo que se autoconduce, proporciona importantes elementos para afirmar la responsabilidad de la propia empresa por dicha autoconducción» (*Cfr.* GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, B de F, Montevideo – Bs. As., 2010, p. 119). También, en la doctrina española, realiza interesantes aportes vinculados con la idea de autoregulación de la empresa, Bernardo FEJOO SÁNCHEZ, *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Ed. B de F, Montevideo – Bs. As., 2009, pp. 49 y ss.).

(24) PRADEL, *Droit Pénal Comparé*, *op. cit.*, pp. 194/195.

(25) ZYSMAN QUIRÓS, Diego, «Compliance, responsabilidad y castigo a las personas jurídicas. Breve genealogía de las reformas a partir de las US Sentencing

Finalmente se describe un *modelo mixto* que incluye elementos propios de ambos sistemas. Tal modelo suele partir del esquema vicarial de responsabilidad empresaria «pero, a su vez, dado el caso (la existencia de una declaración o veredicto de culpabilidad por el hecho) toman en consideración la culpabilidad de la propia persona jurídica o corporación para agravar o atenuar el castigo a imponer en el proceso de determinación de la pena. En estos casos la medición punitiva se vuelve central por sobre los criterios de atribución corporativa» (26).

Podríamos adscribir a este último modelo, entre otros sistemas jurídicos, al norteamericano.

El sistema de imputación en la jurisdicción federal en Estados Unidos «descansa en un modelo de responsabilidad por el hecho de otro, «donde lo que existe es una transferencia de responsabilidad desde el representante o empleado de la persona jurídica que comete el delito, a esta misma; que es culpable del hecho porque lo es aquél» (27). Esta transferencia –expresa Villegas García– «no implica la extinción de la responsabilidad del propio directivo o empleado; como tampoco, y a la inversa, la condena penal de la persona jurídica exigirá la de la persona física, pues será posible la condena de unas de estas entidades sin que a su vez se condene a la persona física en cuestión, sin la que ni siquiera se tendrá que haber formulado acusación. De hecho, porque esta es la idea esencial que subyace en el modelo, uno de los problemas fundamentales que se plantea es cómo trasladar el *state of mind* exigido por el delito de la persona física a la jurídica» (28).

Sin embargo, se describiría insuficientemente este modelo si nos quedásemos con el aspecto recién explicitado. En efecto, el sistema norteamericano federal tampoco es ajeno a cuál ha sido el propio comportamiento de la persona jurídica. «La culpabilidad de la organización aparece como elemento a valorar a la hora de individualizar la pena, convirtiéndose así en la medida de la sanción. Así lo disponen las *sentencing guidelines* para organizaciones, donde esta culpabilidad se graduará en función de factores como la colaboración con las autoridades o el hecho de que la entidad se hubiera dotado o no de algún programa de cumplimiento o *compliance program*» (29).

---

Guidelines para corporaciones», *Ius Puniendi. Sistema penal integral*, Año I, N.º 6, ene.-feb. 2018, ISSN: 2410-5759, p. 318.

(26) ZYSMAN QUIRÓS, «Compliance, responsabilidad y castigo a las personas jurídicas. Breve genealogía de las reformas a partir de las US Sentencing Guidelines para corporaciones», *op. cit.*, p. 318.

(27) VILLEGAS GARCÍA, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 292.

(28) VILLEGAS GARCÍA, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 292.

(29) VILLEGAS GARCÍA, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, pp. 292-293.

Las *United States Sentencing Guidelines (U.S.S.G.)* de los EE. UU, vigente desde 1991 y modificada en diversas ocasiones, se constituye en un punto de inflexión para cualquier estudio sobre la genealogía reciente de la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues se entiende que, entre otros aspectos, marcó las exigencias de la OCDE de *Good Practice Guidance* y constituyó, además, no obstante sus diferencias, una fuente de inspiración de las legislaciones italiana y austríaca (30).

¿Es posible adscribir la ley argentina a algunos de los modelos descritos?

Consideramos que el texto aprobado optó por un modelo mixto. Esta opinión es compartida, aún cuando con matices argumentativos, por parte de un significativo sector de la doctrina argentina; cual sucede con Francisco Castex y Andrés M. Dubinski (31), Guillermo J. Yacobucci (32),

---

(30) ZYSMAN QUIRÓS, «Compliance, responsabilidad y castigo a las personas jurídicas. Breve genealogía de las reformas a partir de las US Sentencing Guidelines para corporaciones», *op. cit.*, p. 318.

(31) CASTEX, Francisco – DUBINSKI, Andrés M., «La nueva ley 27.401 y la responsabilidad penal empresarial», en Francisco CASTEX (Director) – Andrés M. DUBINSKI – Sebastián MARTÍNEZ (Coordinadores), *Responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance*, Ed. Ad – Hoc, Bs. As., 2018, p. 25. Estos autores, si bien a partir del artículo 6 de la ley, argumentan que dicha previsión introduce «el elemento de autonomía de la responsabilidad penal de las personas jurídicas»; aclaran que «no la podemos entender en sentido estricto, es decir, no es responsabilidad directa».

(32) YACOBUCCI, Guillermo J., «La empresa como sujeto de imputación penal», *Diario La Ley*, 27/11/2017, p. 1 y ss. Dice el autor: «El enunciado de la nueva ley busca salvar uno de los primeros escollos que se suscitan, al menos en la tradición continental, cuando se analiza esta imputación de cara al principio de culpabilidad penal. Dentro de las exigencias básicas de este principio, se incluye la necesidad de que los sujetos respondan por aquello que está dentro de su propia competencia, no la de otros. Si respondiera por hechos ajenos, en verdad, estaría asumiendo una función vicarial, pues se terminaría haciendo cargo de lo que corresponde a terceros. Por eso, en el texto legislado, se indica que la persona jurídica será responsable por aquellos delitos que se han previsto taxativamente –no por el entero catálogo de la Parte Especial– cuando se hubieren realizado, directa o indirectamente, “con su intervención”, “en su nombre”, “interés” o “beneficio”. Sin embargo, también se integran los casos donde aquel que hubiere actuado en “beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita”».

Diego Zysman Quirós (33), Rodolfo G. Papa (34) y Alejandro Carrió y Maximiliano Reussi (35).

¿En base a qué sostenemos esta adscripción?

Por de pronto es posible individualizar en la ley un fuerte componente a favor de un sistema de responsabilidad autónoma. Esto surge del propio artículo 6.º en tanto establece la independencia de las acciones al disponer que «La persona jurídica podrá ser condenada aún cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso permitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica».

Es cierto que, el obstáculo señalado, es de carácter procesal. Sin embargo, el artículo 2.º, en su primer párrafo, contiene otro elemento que se identifica con la responsabilidad autónoma al prever que: «Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio». Precisamente, a partir de este precepto, Yacobucci señala que con «la inclusión del término “intervención” se pretende señalar que ha sido

---

(33) ZYSMAN QUIRÓS, «Compliance, responsabilidad y castigo a las personas jurídicas. Breve genealogía de las reformas a partir de las US Sentencing Guidelines para corporaciones», *op. cit.*, p. 319. Este autor, luego de señalar la ascendencia del modelo mixto al momento de legislar sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica expresa: «A pesar de las grandes diferencias que existen entre estos textos y (no pueden ser evaluadas aquí) en estos términos también ha comenzado a entenderse la Ley 20.393 de 2009 (Chile), la reciente reforma legal de Perú en materia de la llamada «responsabilidad administrativa» del ente en materia de corrupción (Ley 30.424 de 2016) (...016) y también la responsabilidad claramente penal de Argentina (Ley 24.701, del 2017) en materia de delitos de soborno nacional y transnacional que otorga una gravitación central a la responsabilidad autónoma para la determinación de la pena».

(34) PAPA, Rodolfo G., «Los pilares y elementos estructurales de la ley 24.701», en Nicolás DURRIEU y Raúl R. SACCANI (Directores), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria*, Thomson Reuters – La Ley, Bs. As., 2018, p. 19: «En lo que respecta al sistema de atribución de responsabilidad penal adoptado, la ley 24.701 ha asumido una situación especial, no es ni propiamente autónoma respecto de aquella del sujeto real, ni exclusivamente vicarial (se haría cargo de cualquier actuación de esos individuos)».

(35) CARRIÓ, Alejandro – REUSSI, Maximiliano, «La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental que deja más dudas que certezas», en *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria, op. cit.*, p. 40: «El sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica establecido en nuestra ley 24.701 no es plenamente autónomo ni vicarial. Se trata de un modelo mixto que presenta sus particularidades y problemáticas».

la propia entidad jurídica la que ha “obrado”. Es decir, remite a una responsabilidad por el hecho propio. Intervenir debe entenderse en términos normativos como “tomar parte o hacer suyo” el hecho» (36).

A favor de esta interpretación concurre un argumento de carácter comparativo; cual es la fórmula empleada en dos de los textos que, según los propios trabajos parlamentarios de la ley analizada, fueron tenidos como fuente; concretamente las legislaciones española y chilena (37).

En efecto, por una parte, el artículo 31 bis del Código penal español, texto según Ley Orgánica n.º 1, del 30 de marzo de 2015, expresamente exige un hecho de conexión con la persona humana al expresar que la responsabilidad de la corporación se evidencia en los delitos «cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma» (art. 31 bis, 1, a) (38).

Algo similar sucede con la legislación chilena (Ley 20.393, del año 2009) que conforme a su art. 3.º, y en la interpretación realizada por calificada doctrina, establece como uno de los requisitos de la responsabilidad penal al siguiente: «Que el delito haya sido cometido por personas pertenecientes a un determinado círculo que la propia ley define, a saber, los dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes de la empresa o quienes realicen actividades de administración y supervisión en ella, o bien por otras personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de dichos sujetos» (39).

Ahora bien, de lo dicho hasta aquí no puede concluirse que, en todos los casos, el sistema de imputación diseñado por la nueva ley argentina pueda desvincularse del soporte humano de un *hecho de conexión*. En

---

(36) YACCOBUCCI, Guillermo J., «La empresa como sujeto de imputación penal», *op. cit.*, p. 2.

(37) Así lo expresó Mora Kantor en la reunión de la Comisión de Justicia y Asuntos Penales de la Cámara de Senadores de la Nación. *Cfr.* Versión Taquigráfica, 1.º de agosto de 2017, Publicación de la Dirección General de Taquígrafos, p. 18.

(38) Semánticamente la diferencia entre el texto argentino y el español aparece clara: en tanto que la ley española, sin perjuicio de algunas críticas de *lege ferenda*, requiere la ineludible exigencia «de un hecho de conexión en la medida en que lógicamente sin este no hay hecho tampoco de la persona jurídica misma» (cfme. GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra, 2.ª edición, Navarra, 2015, p. 79); la previsión argentina no incluye aquella prescripción literal.

(39) HERNÁNDEZ, «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile», *op. cit.*, p. 218.

efecto, el 2.º párrafo del artículo 2.º, consagra una hipótesis en donde requiere este punto de contacto al indicar que las corporaciones son responsables cuando «quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita». La forma idiomática con que se inicia el párrafo («También», dice la norma) permite saturar el argumento sistemático con el lingüístico; en el sentido que el empleo del adverbio está indicando un caso de responsabilidad que se relaciona *con otro* (el del 1.º párrafo) aunque de una naturaleza distinta, al ya nombrado.

Por otra parte, igualmente puede observarse un caso de responsabilidad transferida o vicarial en la hipótesis de transformación jurídica de una corporación. En efecto, hemos visto que, según la Ley General de Sociedades Comerciales, la fusión se verifica cuando dos o más sociedades se disuelven sin liquidarse, para constituir una nueva o cuando una ya existente incorpora a una u otras, que sin liquidarse son disueltas. En ambos casos, cuando se exige responsabilidad respecto a una entidad nueva, resultante de un proceso de fusión, se trata de una responsabilidad imputable a entidades distintas a aquellas disueltas como consecuencia del proceso. De manera que la responsabilidad de estas últimas (las sociedades disueltas), se traslada a la nueva entidad resultante de la fusión, que la asume como propia (40).

Ahora bien, que la legislación argentina adopte un modelo mixto, no quiere decir que esto sea el producto de una reposada actividad legislativa que haya arribado, tras meditado estudio, a una adopción consiente de lo que, finalmente, se sancionó.

A nuestro ver, esta reforma aparece como el producto de acuerdos parlamentarios, con fuerte incidencia del Poder Ejecutivo y, en donde, se ha llegado a un texto que presenta, al momento del diseño del modelo de imputación al que adscribe, ciertas inconsecuencias.

Ya en la reunión de Comisión que tuvo lugar en el Senado, el 1.º de agosto de 2017 –único espacio en donde se dio una relativa intervención a algunos expertos–, el Director Nacional de Política Criminal, Carlos González Guerra, señaló que la definición de este aspecto podía tener únicamente dos alternativas; que se concretaban en la responsabilidad vicarial o la responsabilidad por defecto de organización. En su exposición, González Guerra advirtió que el anteproyecto del Poder Ejecutivo se basaba en una responsabilidad por defecto de organización; en tanto

---

(40) En la jurisprudencia norteamericana esta situación fue analizada en el precedente «Melrose Distiller v. United States» (359, U.S. 271[1959]). Según Villegas García, *La responsabilidad criminal...*, *op. cit.*, p.287, éste es un caso de responsabilidad vicarial.

que el que obtuvo media sanción en Diputados, se perfilaba más como un sistema vicarial (41). Pues bien, de acuerdo a lo que venimos exponiendo hasta aquí, el texto finalmente sancionado representa la asunción de un modelo mixto; pero un modelo mixto muy particular; porque parte de déficit de organización y luego pretende atemperar uno de sus componentes –la culpabilidad propia de la empresa– con algunos casos que exigen un punto de conexión con el soporte humano. Normalmente, los sistemas mixtos que hemos descrito parten un razonamiento inverso: primero, la conexión personal y, luego, para graduar la pena, le asignan un importante rol a los programas de cumplimiento. Y esto tiene una trascendencia práctica importante, especialmente a partir de la exención de pena que prevé el artículo 9 de la ley; norma que enfatiza, especialmente a través de sus dos primeros incisos, la gravitación que tiene el cumplimiento de programas, así como la actitud de la empresa en orden a facilitar la investigación penal a su interior. Al ser esto así, pasaría a un segundo plano ese punto de conexión personal que caracteriza a un sistema vicarial y esto, a su vez, contribuiría, al menos fácticamente, a cierta cuota de impunidad de quienes dirigen las empresas.

#### IV. LAS PENAS

El artículo 7.º de la ley que analizamos establece las penas que pueden ser aplicadas a las personas jurídicas. Según el texto promulgado éstas son las siguientes:

- 1) Multa de dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener;
- 2) Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;
- 3) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;
- 4) Disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad; 5) Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere; y

---

(41) *Cf.* Versión Taquigráfica, 1.º de agosto de 2017, Publicación de la Dirección General de Taquígrafos, p. 9.

5) Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Existen distintas cuestiones que parece necesario analizar en relación a estas penas; algunas, de carácter general y vinculadas con la forma de conminación, y otras particulares a cada una de las sanciones.

Por un parte queda claro que, por el principio de legalidad penal (art. 18 C.N.), éstas son las únicas penas que los jueces podrán aplicar a las personas jurídicas. Se trata de un elenco cerrado, entre las cuáles se deberá escoger jurisdiccionalmente la más apropiada desde la perspectiva de la función político criminal que debe cumplir.

Por el contrario, no se visualiza la misma claridad cuando se trata de precisar sí, los jueces deben seleccionar sólo una o, por el contrario, están autorizados a una aplicación conjunta de varias de las sanciones que se establecen. Pareciera que es posible aplicar más de una pena; excepto en el caso en que el magistrado decidiera imponer la pena de disolución y liquidación de la corporación, la cual, por el efecto jurídico que produce, resulta incompatible con la imposición de otra pena.

Sostenemos esta interpretación partir de dos argumentos: uno, de carácter genético y, el otro, de naturaleza comparativa.

En efecto, si observamos el tratamiento parlamentario de esta cuestión, podremos observar que, cuando la ley obtuvo media sanción en la Cámara de Diputados, se previó un sistema combinado; esto es: una pena obligatoria (la multa) y las otras facultativas y/o complementarias. Este sistema fue abandonado en el Senado; estableciéndose el sistema que actualmente nos rige.

Desde la perspectiva del Derecho comparado, el texto de Diputados se aproximaba al modelo español, en donde la «ley la ley distingue claramente entre la multa –de imposición obligatoria en los supuestos del art. 31 bis– y el resto de las sanciones –de imposición potestativa–» (42). Esta distinción, lingüísticamente no se ha formulado; con lo cual, debe entenderse que el magistrado posee una cuota de discrecionalidad en esta materia; pudiendo aplicar, de acuerdo a las pautas de graduación de la pena, una única sanción o varias combinadas.

Pese a lo recién expresado, consideramos que hubiese sido de buena técnica legislativa, aclarar expresamente esta posibilidad.

Detengámonos ahora en las penas en particular.

---

(42) Cfr: GOENA VIVES, Beatriz, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 94.



a) La primera sanción prevista es la multa. El inciso 1.º del texto sancionado se aparta del sistema de cuantificación de multa global (43); determinando el *quantum* sancionatorio, con un sistema que se asemeja al que estableciera el artículo 304 del Código penal vigente. El precepto en cuestión, refiere que la multa oscilará entre dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener.

La utilización de esta pauta tiene la ventaja de no requerir la actualización permanente de los montos de la sanción pecuniaria; actualización que resulta inexorable cuando aquéllos se establecen a través de sumas de dinero (multa global), sujetas a las variaciones de los valores monetarios, provocadas por los procesos inflacionarios (44).

En orden a su individualización judicial, más allá de los criterios generales establecidos por el 1.º párrafo del artículo 8.º (sobre el cual, luego, nos detendremos), el párrafo 4.º del mismo precepto contiene una previsión especial según la cual: «El juez podrá disponer el pago de la multa en forma fraccionada durante un período de hasta cinco (5) años cuando su cuantía y cumplimiento en un único pago pusiere en peligro la supervivencia de la persona jurídica o el mantenimiento de los puestos de trabajo». Se trata de un resguardo necesario frente a uno de los problemas que puede plantear esta sanción. Concretamente los posibles daños colaterales, respecto de los empleados y su fuente de trabajo, que puede llegar a provocar (45). En tal sentido, la imposición de una multa muy elevada puede poner en riesgo – por los desequilibrios económicos que provoque en una empresa pequeña – su existencia misma; de allí que, esta previsión atempera aquellos efectos no deseables. Quizá, en este sentido, hubiese sido más prudente establecer una cláusula como la propuesta por el Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal (2006); documento que preveía un límite por encima del cual, el *quantum* concreto no podría elevarse: el treinta y tres por ciento del patrimonio neto de la entidad.

Otro aspecto que es necesario mencionar se vincula con la posible extinción de la acción penal en los casos de pago voluntario de la multa; situación que veda expresamente el párrafo final del artículo 8.º

---

(43) Apartamiento que no resulta objetable si tenemos presente que, de acuerdo a nuestra opinión, no se trata de una pena pecuniaria (en los términos del artículo 5.º del Código penal) sino de una sanción administrativa.

(44) Al respecto, *mutatis mutandis*, cfr: CESANO, José Daniel, *La pena de multa en el Código penal argentino: un análisis dogmático. Su interpretación doctrinaria y jurisprudencial. Perspectiva iuscomparada*, Fabián J. Di Plácido Editor, Bs. As., 2010, p. 88.

(45) Cfr: NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, p. 279.

de la ley, al disponer: «No será aplicable a las personas jurídicas lo dispuesto en el artículo 64 del Código Penal». Esta regla, en rigor, se vincula con la punibilidad. Su previsión resulta importante por cuanto, indudablemente la sanción pecuniaria constituye un instrumento político criminal de relevancia para estas formas de criminalidad; con lo cual, si se tiene en cuenta que la propia ley 27401 se autodefine como complementaria del Código penal, según lo prevé en su artículo 27, la posibilidad de aplicar el artículo 64 del digesto punitivo podría neutralizar las funciones preventivas que se buscan con la sanción de la ley, a través del extintivo de la población.

b) El inciso 2.º prevé, a título sancionatorio, la «suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años». Se trata –como surge de la propia limitación de la norma– de una sanción temporal; ya que, de ser definitiva entrañaría prácticamente la disolución de la persona jurídica (46).

c) El inciso 3.º establece como sanción la suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años. Se trata de una sanción interdictiva temporal, con innegables aptitudes preventivas (47); y que tiene reconocimiento en experiencias jurídicas comparadas (48).

Desde el punto de vista político criminal responde a un dato innegable: el maridaje entre lo público y lo privado en casos de corrupción (49). En este sentido, es importante recordar que la corrupción supone una utilización desviada, desleal o perversa de potestades públicas para satisfacer intereses privados o particulares; en ocasiones, del titular de esas potestades (funcionario público), pero muchas veces, también, de terceros (que no ocupan un rol funcional en la administración) relacionados con contrataciones estatales, prestatarias

---

(46) Así, BACIGALUPO, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Casa editorial S.A., Barcelona, 1998, p. 303.

(47) Cfr. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad (...)*, *op. cit.*, nota 27, p. 299.

(48) En efecto la interdicción de participar en subastas y concursos públicos o de contratar con la administración es establecida –a título de pena– en el Código penal francés (art. 131-39,5) y en Italia a través del decreto legislativo 231, del 8/6/2001 (art. 9.2.c).

(49) Al respecto, señala QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., «La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales», en Santiago MIR PUIG – Mirentxu CORCOY BIDASOLO (Directores), *Política criminal y reforma penal*, Coedición Edisofer – B de F, Madrid – Bs. As. – Montevideo, 2007, p. 401, que: «De un tiempo a esta parte (...) vienen saltando a la palestra casos tanto de consunción entre lo público y lo privado como casos de claras malas prácticas en el seno de sociedades mercantiles de todos los ámbitos y tamaños».

de servicios tercerizados, que pueden provocar estas malas prácticas (50).

En rigor –y como bien puede advertirse en el inciso l) del artículo 68 del Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal de 2006– la medida en cuestión guarda relación con la exigencia de la inscripción registral de oferentes en las licitaciones y otras contrataciones administrativas. Tal inscripción no constituye un simple requisito formal, sino que es un acto de gran significación desde que «otorga garantías de real cumplimiento, de conocimiento de la materia, de las modalidades de la contratación y de antigüedad en el servicio» (51). Como consecuencia de la suspensión corresponderá la inadmisión del oferente por falta de capacidad del contratista (52).

d) No obstante el orden de su ubicación, sin duda, la sanción más grave es la prevista por el inciso 4.º: disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad. De hecho, esta sanción importa la denominada «muerte civil» del ente ideal (53).

Indudablemente, la primera situación que prevé la norma (persona jurídica creada *ex profeso* para cometer delitos) constituirá, más bien, un caso de gabinete (54).

En este sentido, en la medida en que la persona jurídica haya asumido la forma de alguno de los tipos societarios del derecho mercantil, el caso puede subsumirse (desde lo sancionatorio), directamente, en la nulidad absoluta de la sociedad, por ser el objeto social contrario al orden público, moral o buenas costumbres, o prohibido por el sistema jurídico (artículo 18, 1.ª disposición de la ley 19.550). Esta nulidad genera efecto *ex tunc* «en relación al formal contrato constituido de la tipología societaria o sea que afecta al tipo societario y no a la existencia de la relación societaria, pues la sociedad subsiste como persona jurídica» (55).

---

(50) Sobre estos aspectos, *cfr.* SÁEZ CAPEL, José, «Corrupción en el sector privado», en David BAIGÚN – Nicolás GARCÍA RIVAS, *Delincuencia económica y corrupción*, Ed. Ediar, Bs. As., 2006, pp. 73/74.

(51) *Cfr.* DROMI, José Roberto, *Derecho administrativo*, T.º 1, Ed. Astrea, Bs. As., 1992, p. 371.

(52) Así, DROMI, *Derecho administrativo, op. cit.*, pp. 322, 371 y 373.

(53) Así, BACIGALUPO, *La responsabilidad (...), op. cit.*, p. 262.

(54) Así lo reconoce RICHARD, Efraín Hugo, «Sociedad con actividad no autorizada y actividad ilícita», en AA.VV., *Anomalías societarias*, 1.ª reimpresión corregida de la 1.ª edición, Ed. Advocatus, Córdoba, 1996, p. 177, quien caracteriza la hipótesis como un supuesto «casi de biblioteca».

(55) RICHARD, «Sociedad ...», *op. cit.*, p. 177.

Obviamente es la otra situación captada por la disposición legal, la que tendrá una mayor gravitación práctica. En este sentido, dentro de la catalogación jurídica de ilegalidades que pueden tener lugar en la persona jurídica, lo más frecuente será que, en el ámbito de una sociedad con objeto lícito, se realicen o desarrollen algunas actividades ilícitas.

Nuevamente aquí, consideramos que, en el Derecho mercantil encontramos ya la respuesta a esta situación. Concretamente, en el artículo 19 de la ley 19.550. Dicha previsión, expresa: «Cuando la sociedad de objeto lícito realizare actividades ilícitas, se procederá a su disolución y liquidación a pedido de parte o de oficio, aplicándose las normas dispuestas en el artículo 18».

Por tales razones, existiendo ya en nuestro derecho esta sanción específica, no parece conveniente introducirla en el menú de penas establecidas por el artículo 7.º (56).

Sin perjuicio de estas observaciones, estimamos que el diseño de esta sanción denota una tremenda vaguedad lingüística. En efecto ¿cuándo la comisión de los delitos que prevé este inciso constituirá «la principal actividad de la entidad»?

Desde luego que esta situación no quedará reflejada –tratándose de figuras societarias– en la fijación del objeto; el cual, en virtud del artículo 11, inciso 3.º, de la ley 19.550, debe estar designado en forma precisa y determinada (57). Por tal razón, en esta hipótesis, no será fácil precisar en qué casos, la realización de aquellas figuras delictivas, acarrearán tan grave consecuencia para el ente ideal. Una pauta interpretativa puede extraerse de la redacción del inciso, al utilizar la expresión «esos actos». El plural empleado permite sostener que la comisión de un acto aislado no es suficiente para que se imponga esta sanción. Es por eso que interpretamos que la disolución de la persona jurídica podrá tener lugar en la medida en que se verifique cierta habitualidad de estas situaciones en el giro de la corporación. Lo expresado hasta aquí hace necesario recomendar una extrema prudencia de parte de la autoridad jurisdiccional al momento de aplicar esta consecuencia; prudencia que no necesariamente va, en estos casos, en men-

---

(56) Cfr. RICHARD, Efraín Hugo, «Proyectos de responsabilidad penal de las sociedades y de extinción de dominio: ¿Y el art. 19 de la Ley de Sociedades vigente desde 1972?». Disponible en: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/Responsabilidadpenalpersonasjuridicas.pdf>. Accedido: 7/10/2017.

(57) Con lo cual, si al determinar el objeto se precisan actividades ilícitas, la situación quedaría captada en la primera hipótesis a la que nos referimos más arriba (persona jurídica creada *ex profeso* para cometer delitos).

gua de la efectividad, dadas las otras sanciones (pecuniarias, interdictivas, etcétera) que se prevén en el texto que nos ocupa.

e) El inciso 5.º consagra la sanción de «pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere». Desde una perspectiva político criminal juzgamos relevante esta sanción por cuanto, en el contexto económico actual, «la actividad empresarial, para su desarrollo, recurre permanentemente a los subsidios, beneficios tributarios, créditos, licitaciones y otros medios operativos. Es natural que el aprovechamiento distorsionado de tales mecanismos acarree su contrapartida; es decir, la decisión del Estado de recomponer el proceso normal del sistema económico y de las prácticas comerciales, neutralizando, al mismo tiempo, sus disfunciones» (58).

f) Finalmente, el inciso 6.º establece la sanción consistente en la publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Se trata, también aquí, de un instrumento importante desde que, en el ámbito del mercado, la publicidad de la condena genera efectos significativos, no sólo por la ejemplaridad de la sanción en sí misma, «sino porque también importa una descalificación del agrupamiento societario» (59). En este sentido, se ha señalado el profundo impacto que genera esta suerte de estigmatización de las corporaciones en las preferencias de los consumidores y en sus decisiones de compra (60).

La imposición de sanciones a las personas jurídicas presenta siempre una gran dificultad. Nos referimos a la *extensión de los efectos de la pena* respecto a personas que cumplen actividades laborales en las corporaciones. En efecto, mientras más graves sean las consecuencias jurídico-penales, éste riesgo pone en jaque la estabilidad laboral de estos sujetos en la medida que, la pena concreta pueda afectar la continuidad de la explotación de la empresa. Justamente para menguar este impacto, y como una pauta individualizadora especial, el artículo 8.º, en su párrafo 3.º, dispone que: «Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por los incisos 2) y 4) del artículo 7.º de la presente ley».

---

(58) Cfr. BAIGÚN, David, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Ed. Depalma, Bs. As., 2000, p. 268.

(59) Cfr. BAIGÚN, *La responsabilidad (...)*, op. cit., p. 268.

(60) Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Fundamentos modernos (...)*, op. cit., p. 505; especialmente, nota n.º 59.

## V. GRADUACIÓN DE LAS PENAS Y PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

La ley prevé, en su artículo 8.º, 1.º párrafo, pautas para la selección y graduación de la sanción. Si bien, una interpretación literal podría hacer pensar que dichas pautas sólo se emplean para determinar el *quantum* sancionatorio concreto, en el caso de penas temporales o divisibles, no observamos dificultades para que, en atención al sistema de conminación adoptado por la ley, y salvo el caso de la pena de disolución y liquidación del ente ideal, que ya fija un presupuesto concreto para su selección (creación *ex profeso* para la comisión de delitos o que la realización de delictivos constituyan la principal actividad de la entidad), las circunstancias que enuncia este precepto puedan también utilizarse para escoger la especie de pena a imponer a la corporación.

Quizá sea en este artículo en donde más se perciba la incidencia el componente de los modelos mixtos vinculado con las consecuencias que acarrea el déficit en la organización de la persona jurídica.

La norma en cuestión establece que: « Para graduar las penas previstas en el artículo 7.º de la presente ley, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos; la cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores involucrados en el delito; la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes; la extensión del daño causado; el monto de dinero involucrado en la comisión del delito; el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica; la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna; el comportamiento posterior; la disposición para mitigar o reparar el daño y la reincidencia».

En primer término, el artículo 8.º no prefija el valor de las distintas circunstancias que enuncia; con lo cual – y salvo el caso de la reincidencia (61) que, por regla, operará como agravante – los demás criterios, según el caso, funcionarán en uno u otro sentido.

Si bien, en atención al tenor del texto recién transcrito, existen diversos criterios para la determinación de la pena (extensión del daño, reincidencia, capacidad económica, conducta posterior al delito, cantidad y jerarquía de los funcionarios, empleados y colaboradores

---

(61) Según el artículo 8.º, párrafo 2.º, de la ley, habrá reincidencia «cuando la persona jurídica sea sancionada por un delito cometido dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha en que quedará firme una sentencia condenatoria anterior».

involucrados), indudablemente son las circunstancias vinculadas con la autorregulación de la persona jurídica las que representan la mayor aproximación con los sistemas de responsabilidad autónomos (culpabilidad de la persona jurídica). Para perfilar este criterio, el legislador ha empleado tres pautas concretas; a saber: a) incumplimiento de las reglas y procedimientos internos, b) omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y colaboradores y c) la denuncia espontánea a las autoridades por parte de la persona jurídica como consecuencia de una actividad propia de detección o investigación interna.

Justamente, con la utilización de estos criterios se busca, como finalidad, motivar que las empresas «incrementen su nivel de autoregulación y establezcan los mecanismos necesarios de gestión, organización y control para evitar la comisión de hechos delictivos, coadyuvando con la administración de justicia en su descubrimiento» (62).

En este cometido resultan claves dos de las pautas que recién mencionáramos y que el artículo analizado emplea como criterios de graduación de las penas: la implementación de los *compliance programs* o modelos de organización, que se traducen a través de la instrumentación de los programas de cumplimiento y los sistemas de denuncia en la empresa, conocidos como *whistleblowing*.

Se designa con el nombre de *compliance* a las medidas mediante las cuales «las empresas pretenden asegurarse de que sean cumplidas las reglas vigentes para ellas y su personal, que las infracciones se descubran y que eventualmente se sancionen» (63).

El artículo 22 de la ley caracteriza a estos programas como facultativos, conceptualizándolos como un «conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley». Dicha norma específica, además, que el Programa de Integridad «exigido deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación».

De esta manera, podemos inferir que, si la persona jurídica no implementa ninguno de estos programas, tal omisión, en principio, no sería en sí misma punible (dado el aludido carácter facultativo) (64);

---

(62) Cfr. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Ed. Iustel, Madrid, 2008, p. 215.

(63) Cfr. BALCARCE, Fabián I. –BERRUEZO, Rafael, *Criminal compliance y personas jurídicas*, Ed. B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2016, p. 140.

(64) En la opinión de GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes...*, *op. cit.*, pp. 362/363, la situación española sería similar a la que recién describimos. En

con la sola excepción de aquellas empresas que contraten con el Estado Nacional, en donde sí es una condición necesaria para celebrar este acto jurídico la existencia de un programa de integridad adecuado, en los términos del artículo 24, 1.º párrafo (65). De otro costado, y para cualquier caso, implementado el programa, será necesario que éste se adecúe a los estándares exigidos por la autoridad de aplicación (66).

Lingüísticamente el término *compliance* significa «cumplimiento», «observancia», «conformidad con determinados mandatos», «y hace alusión en este contexto a procedimientos para la “transposición de prescripciones legales”, con la pretensión de evitar la criminalidad empresarial. En este sentido, puede decirse que la finalidad de los programas es aplicar normas jurídicas u otras directivas definidas para la empresa y, a través de ello, evitar la reclamación de responsabilidad y otros perjuicios para la empresa, sus órganos y empleados. De este modo, se cumple con el Derecho vigente y, particularmente, con el Derecho penal» (67). De allí que se entienda que los *compliance programs*, «naturalmente orientados al *control interno*, poseen un *específico contenido de prevención*: la influencia directa sobre la dirección de la empresa es desde un punto de vista de técnicas de organización el medio más eficaz para influir en la política de la empresa y compensar, así, los efectos criminógenos característicos de las organizaciones empresariales» (68).

---

efecto, según la autora, «la adopción de programas de cumplimiento por parte de la persona jurídica no está jurídicamente impuesta a través de un deber de cumplimiento categórico. Por ello tiene sentido plantear la atenuante del *compliance* como una *Obliegenheit*, es decir, como una incumbencia del órgano de administración de la persona jurídica, de evitar y detectar delitos. El no tender a esta incumbencia no recibe sanción alguna. Dotarse de un programa de cumplimiento redundante en el propio interés de la persona jurídica, que podrá prevenir los delitos y, sobre todo, preparar su defensa frente a un posible proceso penal. Pero de no hacerlo, el ordenamiento no la castiga».

(65) Así, YACOBUCCI, «La empresa como sujeto de imputación penal», *op. cit.*, p. 2, quien señala: «Avanzando sobre el particular, la ley, aun sin hacer obligatoria para toda persona jurídica la existencia de un programa de integridad, lo exige para aquellas empresas que interactúan económicamente con la estructura estatal».

(66) Los artículos 22 y 23 de la ley han sido reglamentados por el Decreto N.º 277/2018, cuyo artículo 1.º preceptúa: «La Oficina anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos establecerá los lineamientos y guías que resulten necesarios para el mejor cumplimiento de lo establecido en los artículos 22 y 23 de la Ley N.º 27.401».

(67) Cfr. BERMEJO, Mateo G. –PALERMO, Omar, «La intervención delictiva del compliance officer», en Lothar KUHLEN – Juan Pablo MONTIEL – Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 176.

(68) Cfr. BERMEJO – PALERMO, «La intervención delictiva (...)», *op. cit.*, p. 176.



Ahora bien, la existencia de estos programas –y su eficacia– no se identifica con la inexistencia de delitos. Pueden implementarse estos programas y, no obstante, producirse ilícitos dentro de la corporación. El dato es relevante porque, nada impide, que se eluda fraudulentamente estos mecanismos de control. De allí que, parece atinado, emplear, como criterio de graduación de la pena, la existencia o no de estos programas; en la medida que, más allá que, quizá, no puedan impedir, en todo caso, la comisión de delitos, la existencia de los mismos puede actuar como un factor que torne más difícil su comisión; disminuyendo las posibilidades criminógenas de la empresa.

En estas hipótesis, el diseño de estos programas vinculados con todas las actividades de la empresa no puede tratarse como una cuestión neutra, sino que, indudablemente, debe operar como una circunstancia atenuante de la pena a imponer; así como, a la inversa, la no previsión de estos mecanismos operará como factor de agravación.

Sin embargo, debe tenerse cuidado con el diseño de estos programas. No se trata de sesgar la responsabilidad, a través de criterios de autorregulación que se dirijan a los mandos medios o los eslabones jerárquicos más débiles. Por el contrario, para que la implementación del *compliance* sea considerado como atenuante es necesario evaluar muy cuidadosamente su estructura para observar si *efectivamente*, se ha gestado con el propósito de garantizar «que todos los miembros de una empresa, desde el presidente del consejo de administración hasta el último empleado, cumplan con los mandatos y las prohibiciones jurídico-penales, y a que, en caso de infracción, sea posible su pronto descubrimiento y adecuada sanción. Ello es así porque tales programas tienen «la pretensión sistemática de adoptar reglas y procesos *intraempresariales* que logren que el cumplimiento del derecho vigente no responda a la casualidad, al compromiso individual o a los intereses parciales de un departamento, sino a una arquitectura de cumplimiento vinculada con todas las actividades empresariales» (69).

La ley comentada, en su artículo 23, señala el contenido de lo que denomina programas de integridad; los cuales deben contar, por lo menos, con los siguientes elementos: «a) [u]n código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley; b) [r]eglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y

---

(69) Cfr. GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, op. cit., p. 213.

procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público; [y] c) [l]a realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados». Asimismo, podrá contener otros elementos tales como: «I. [e]l análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad; II. [e]l apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia; III. [l]os canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente difundidos; IV. [u]na política de protección de denunciantes contra represalias; V. [u]n sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta; VI. [p]rocedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial; VII. [l]a debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas; VIII. [e]l monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad; IX. [u]n responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad; [y] X. [e]l cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades del poder de policía nacional, provincial, municipal o comunal que rija la actividad de la persona jurídica».

Las elevadas exigencias que se desprenden del contenido de estos programas de cumplimiento exigirán, dadas las consecuencias jurídicas que implica su adopción, del empleo de auxiliares periciales que ilustren a la judicatura en relación a la eficacia, calidad y demás circunstancias que permitan precisar si los mismos, de acuerdo al tipo de empresa de que se trate, resultaban adecuados.

También es necesario realizar alguna precisión en relación al *whistleblowing* interno. Para que la denuncia interna sea considerada un factor de atenuación, será necesario que cumpla con determinadas condiciones; concretamente (70): a) el procedimiento de denuncia debe darse a conocer entre todos los posibles usuarios, garantizando su fácil accesibilidad, características y consecuencias de su aplicación; considerando como usuarios no sólo a los miembros de la empresa (empleados, directivos) sino también, a sus clientes o provee-

---

(70) Seguimos aquí a RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *Whistleblowing. Una aproximación desde el derecho penal*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 145-146.

dores; b) se deberá garantizar al informante la máxima confidencialidad; siempre que se cuide, en caso de que a partir de la denuncia se inicie un proceso judicial, asegurar el derecho de defensa sobre quien pese la imputación; c) hay que facilitar, al máximo posible, los canales de la denuncia; debiendo conservar, en todos los casos, constancia documental de la misma y de las demás actuaciones derivadas; d) el receptor de la denuncia debe ser un sujeto con conocimientos jurídicos (puede tratarse, incluso, de una sección de la empresa, con esa finalidad), a la que se asegure una cierta independencia para desarrollar la investigación interna y con acceso a los órganos directivos y de control de la compañía; e) en el diseño de este procedimiento, la empresa debe manifestar su compromiso de que, en caso de confirmar la veracidad de la denuncia, además de adoptar las correspondientes medidas disciplinarias internas, pondrá los hechos y las pruebas obtenidas en conocimiento de las autoridades y contactará con los potenciales perjudicados para reparar los posibles daños sufridos y f) cuando se detecte que el delito pudo igualmente cometerse por un procedimiento deficitario del procedimiento de la denuncia, la empresa debe comprometerse a reformar tal procedimiento en aquellos aspectos en que se haya relevado insuficiente.

## VI. EXENCIÓN DE PENA

El artículo 9.º de la ley prevé la posibilidad de eximir de pena a la persona jurídica «cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias: a) Espontáneamente haya denunciado un delito previsto en esta ley como consecuencia de una actividad propia de detección e investigación interna; b) Hubiere implementado un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito [y] c) Hubiere devuelto el beneficio indebido obtenido».

El texto transcrito exige realizar algunas precisiones.

En primer lugar, se trata de una excusa absolutoria. Por tal entendemos a aquellas pautas de operatividad de las consecuencias del delito de carácter penal sustantivo, «que fundadas en razones político-criminales de diversa naturaleza –distintas de aquellas que informan la infracción de la norma primaria–, actúan como causas personales

de exclusión o de levantamiento de la pena merecida por un hecho típico, antijurídico y culpable» (71).

En este caso, aquellas razones que legitiman la exención de pena de la corporación se vinculan con la previa adopción de medidas preventivas, por parte del ente ideal, destinadas a evitar el delito, con sus actitudes tendentes a favorecer la persecución penal y con su comportamiento, posterior al ilícito, concretizado en la neutralización del daño causado a través de la devolución de los beneficios indebidos. Es claro, sin embargo, que la infracción delictual se tiene que haber cometido y que, la eximición de pena a la persona jurídica que lo produjo obedece a aquellos esfuerzos que, aunque no fueron eficaces para evitarlo, son alzaprimados por el legislador en tanto, aquellas conductas de la empresa se juzgan más valiosas que el castigo.

En segundo término, una interpretación lingüística de la norma nos lleva a concluir que su operatividad depende de la constatación conjunta de las tres circunstancias que enuncia; con lo cual, si concurren en forma total, la exención de pena no se verifica.

## VII. CONCLUSIONES

El texto legal que hemos analizado se suma, lamentablemente, a una tendencia que nos parece criticable; cual es: continuar legislando, en materia penal, fuera del Código.

Hoy este aspecto resulta aún más censurable porque, la actual administración, a través del decreto 103/2017, nombró una Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación, con la finalidad de elevar al Poder Ejecutivo Nacional un Anteproyecto de ley de reforma y actualización integral del Código Penal de la Nación. Tal Comisión se encuentra finalizando su cometido y en su agenda incluye la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Entonces, nos preguntamos: ¿se justifica haber sancionada la ley 27.401 cuando aquella Comisión regulará integralmente la cuestión en el texto del futuro proyecto y, quizá (si los tiempos políticos lo acompañan), del nuevo Código Penal?

La respuesta negativa se impone. No hay razón para que, con tanta premura, se haya aprobado esta ley, cuando existe la posibilidad de

---

(71) BUTELER, Enrique R., «Excusas absolutorias», en Carlos Julio LASCANO (Director), *Derecho penal. Parte general. Libro de Estudio*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2002, p. 642.

articularla en un proceso de reforma integral; actitud que permitiría una mayor sistematicidad en la regulación de la materia; evitando la mala praxis consistente en continuar dictando normas penales por fuera del Código.

Si se repara en las orientaciones político-criminales de los últimos Anteproyectos de Reforma Integral del Código Penal, del año 2006 y 2014, se advertirá que una de las ideas fuerza de aquellas propuestas ha sido, justamente, *recodificar el Derecho Penal*. Y la Comisión designada (y el producto elaborado), indudablemente, se orienta en esa dirección.

Por otra parte, y más allá de la reflexión anterior, es innegable que, en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, estamos transitando por una etapa de transición progresiva, pero firme, en orden a afirmarla. Justamente por eso, las buenas prácticas parlamentarias, hubieran exigido una redacción de algunos aspectos de esta norma (v.gr., el artículo 2), con una precisión y rigurosidad de la que carece. Si bien no es de buena técnica legislativa definir conceptos, tratándose de una materia novedosa, el legislador debiera haberse explayado mucho más que lo que generalmente se hace en terrenos con un desarrollo más asentado. «No faltarán las opiniones que basadas en teorías doctrinarias foráneas intentarán rescatar la validez y la vigencia plena del basal artículo comentado. Lógicamente hay que considerar seriamente esas doctrinas extranjeras que son la fuente de nuestra “nueva” legislación, pero no puede obviarse que aquéllas existen en complemento de un bloque normativo –en la mayoría de los casos mucho más avanzados– desarrollado de un modo distinto al nuestro» (72). Al respecto es útil recordar las sabias enseñanzas de Somma: «No hace falta decir que la imitación de la ley extranjera, si no toma en cuenta el contexto en el que sus principios y reglas han madurado, o si lo hace de manera superficial, está destinada a resultar en una falla o al menos está condenada a producir resultados muy distantes de aquellos prefigurados por los imitadores» (73).

Las urgencias, no son buenas consejeras en materia penal «y darán lugar, seguramente, a más problemas que soluciones concretas en perjuicio de la seguridad jurídica que se busca en la materia para promover un favorable clima de negocios en nuestro país» (74).

---

(72) CARRIÓ-REUSSI, «La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental (...)», *op. cit.*, p. 52.

(73) SOMMA, Alessandro, *Introduzione al Diritto comparato*, Editori Laterza, Roma, 2014, p. 54.

(74) CARRIÓ-REUSSI, «La responsabilidad penal de la persona jurídica. Una norma fundamental (...)», *op. cit.*, p. 52. Y los autores, enseguida, agregan: «Preferi-

Indudablemente la ley sancionada es un producto precipitado. Y ello se evidencia, al menos (para ser indulgentes), en dos aspectos que resultan muy preocupantes:

En primer término, que no haya una previsión de excepción para las PyMEs. Los contenidos de los programas de integridad que surgen del artículo 23 resultan de difícil viabilidad para este tipo de empresas. Y la cuestión no es baladí porque, según la propia información que brinda la OCDE las pequeñas y medianas empresas cumplen un importante papel en la economía de todos los países; especialmente en relación a la capacidad de empleo. Los países incluidos en la OCDE «suelen tener entre el 70% y el 90% de los empleados en este grupo de empresas» (75).

En segundo término, el diseño del sistema de imputación parece priorizar el modelo de responsabilidad por defecto de organización; un modelo que suele ser pensado en las experiencias iuscomparadas, como una válvula utilizable al momento de la determinación judicial de la pena. Como contrapartida de ello, este énfasis puede proyectarse en la configuración de bolsones de impunidad para los cuadros directivos de la persona jurídica.

Permítasenos finalizar con una referencia a la política criminal europea. Más allá que, en los propios países de origen de aquel espacio cultural, se alcanzan voces críticas en relación a los productos normativos que se elaboran, no puede negarse la actual preocupación que existe en aquella región, en relación a cómo debe diseñarse una ley penal. Hay un concepto central que es el de la evaluación de la racionalidad de las leyes penales, que está generando, en estos últimos años, una significativa literatura científica; marcando, además, la agenda académica (76). Nos atrevemos a señalar que la ley argentina,

---

mos no calificar las expresiones de uno de nuestros congresales al sancionar la ley y referirse concretamente a la inmadurez del régimen penal societario sancionado, cuando señaló lo siguiente: “Nosotros creemos que el Código Penal, que ya está consolidado, debemos dejarlo como está. Estos son regímenes especiales complementarios a dicho cuerpo normativo, y como dijo el señor diputado (...), es un régimen que no está maduro y que no lo estará, aunque tengamos una ley. En el caso del lavado de dinero, se requirieron cuatro o cinco leyes para llegar a cierta madurez (...) Este proyecto tiene por objeto establecer un nuevo régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas, porque es muy malo que no exista”. Como dice el viejo adagio “a confesión de parte, relevo de prueba”».

(75) RASPALL, Miguel Ángel – RASPALL, María Laura – RUBIOLO, Miguel Rubén, *Transferencia de empresas*, op. cit., p. 26.

(76) Cfr., entre otros, los trabajos de NIETO MARTÍN, Adán – MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta – BECERRA MUÑOZ, José (dirs.), *Hacia una evaluación racional de las leyes penales*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2016 y Rodríguez Ferrández, Samuel, *La evaluación de las normas penales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016.

algunos de cuyos aspectos acabamos de reseñar, se ha confeccionado sin apelar a aquellas sugerencias que provienen de esa literatura. Creemos que, como en muchos casos, se trató nuevamente de una ley *exprés*; la cual ha sido elaborada a partir de instancias perentorias que jamás deben operar; generando un producto poco maduro y que, en definitiva, quizá, sea, como ocurre con esa ingente masa de textos que se vienen sancionando en estos últimos años, una manifestación más de un derecho penal puramente simbólico.

# ¿Hacia un penitenciarismo latinoamericano? Cambios y continuidades en las políticas penitenciarias argentinas (1900-1955) (1)

ESTEBAN GONZÁLEZ (ANPCyT- UdeSA)  
JORGE NÚÑEZ (CONICET-INHIDE-MPIeR)

## RESUMEN

*Este trabajo, que tiene un carácter preliminar, se propone demostrar la existencia de dos momentos diferentes en el intercambio internacional de ideas penitenciarias en Argentina en la primera mitad del siglo xx. Por un lado, consideramos que durante las primeras décadas del siglo xx, las referencias penitenciarias fueron principalmente europeas. En este sentido, la recepción activa de la criminología italiana fue central en las publicaciones académicas argentinas. Por otro lado, nos centramos en la figura de Roberto Pettinato durante las décadas de 1940 y 1950. Pettinato, que fue Director General de Institutos Penales durante el primer peronismo, contribuyó decisivamente al desarrollo de una teoría penitenciaria de alcance transnacional, concretamente latinoamericana, aunque sin descuidar las referencias europeas establecidas anteriormente. Cabe señalar que el establecimiento de estas relaciones científicas y técnicas con América Latina contrasta con la política penitenciaria promovida por el Estado argentino en los decenios anteriores. En este sentido, consideramos la figura de Pettinato como un paradigma de ruptura respecto de las relaciones transnacionales y las prácticas penitenciarias que implementó sin abandonar los postulados de la criminología positivista.*

Palabras claves: *Penitenciaría, Penitenciarismo, Expertos, Buenos Aires, Congresos Internacionales, América Latina.*

---

(1) Trabajo realizado en el marco del PICT-Max Planck (2017-4673) «Los viajes de las ideas sobre la cuestión criminal hacia/desde Argentina. Traducción, lucha e innovación, 1880-1955», dirigido por el Prof. Dr. Máximo Sozzo (Universidad del Litoral, Argentina) y el Prof. Dr. Thomas Duve (Instituto Max-Planck de Historia del Derecho Europeo, Alemania). Varias de las ideas aquí planteadas se han inspirado en este proyecto.



## ABSTRACT

*This work aims to demonstrate the existence of two different moments in the international exchange of penitentiary ideas in Argentina during the first half of the twentieth century. On the one hand, we consider that during the first decades of the twentieth century the penitentiary references were principally European. In this sense, the active reception of the Italian criminology was central in the Argentinian academic publications. On the other hand, we focuses on Roberto Pettinato's figure during the 1940s and 1950s. Pettinato, who was the General Director of Penal Institutions (Dirección General de Institutos Penales) of the Argentine Republic during the first Peronism, made a decisive contribution to the development of a penitentiary theory that was transnational in scope, specifically, a Latin American one. It should be pointed out that the establishing of these scientific and technical relations with Latin America was unprecedented and stood in contrast to the penitentiary policy promoted by the Argentine state in the previous decades. In this sense, we consider Pettinato's figure a paradigm of rupture regarding the transnational relations and the penitentiary practices he implemented while not abandoning the criminology postulates.*

Keywords: Penitentiary, penitenciarism, experts, international congresses, Buenos Aires, Latin America.

SUMARIO: I. Introducción.—II. El castigo civilizado, la cuestión criminal y la importancia de la Penitenciaría Nacional en la Buenos Aires del 900.—III. Roberto Pettinato y las ideas penitenciarias en América Latina.—IV. Roberto Pettinato y las relaciones penitenciarias argentino-brasileñas.—V. Conclusiones preliminares.—VI. Bibliografía citada.

## I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo analiza *de manera preliminar* la conformación de redes de discusión acerca de las ideas penitenciarias en la Argentina durante el transcurso de la primera mitad del siglo xx. A través de aquellos años, consideramos evidente una reorientación de los destinos y temas a discutir por parte de los expertos argentinos, entre quienes se incorporará paulatinamente un énfasis más marcado en las particularidades latinoamericanas. Tomamos como referencia principal las conexiones esgrimidas por los expertos argentinos que plantearon sus propuestas desde una gestión estatal, principalmente localizada en la ciudad de Buenos Aires, donde los corpus de ideas positivistas

europas definieron el horizonte intelectual argentino entre finales del siglo XIX y principios del XX.

Consideramos que durante el transcurso del siglo, el foco de las discusiones en materia penitenciaria puesto en Latinoamérica generará un entramado de vínculos novedoso en cantidad y magnitud, ya que la región no había sido entendida como el espacio predilecto en los destinos e intereses de los expertos argentinos en materia penitenciaria. La interrupción de las reuniones científicas internacionales producto de las conflagraciones bélicas (primero entre 1914 y 1919, y luego entre 1939 y 1945) implicaron un re direccionamiento en los encuentros pautados a nivel global. En esta trama regional, Argentina remarcará su lugar de vanguardia en las ideas de la cuestión criminal desde un enfoque original centrado en la práctica penitenciaria.

En una primera parte, el texto describe los esfuerzos de los expertos de Buenos Aires por insertarse en un plano de discusiones globales definido principalmente por las ideas provenientes de la criminología italiana. Intercambios de diferentes características (libros, documentos y revistas, pero también visitas y participaciones en congresos científicos) definirán un vínculo claro entre Buenos Aires y Europa hasta los años 30. En una segunda parte, planteamos la definición de un nuevo horizonte para las ideas penitenciarias argentinas centrado en la figura de Roberto Pettinato (Director General de Institutos Penales), quien tendrá un interés más definido hacia algunos países de América Latina a partir de los años 40. Este interés hacia América Latina no implicó un abandono de los vínculos con Europa y los Estados Unidos. No obstante, comparado con las décadas precedentes, creemos que hubo un reforzamiento de los lazos con Latinoamérica expresado en las visitas penitenciarias a varios países, la asistencia a congresos científicos, el asesoramiento técnico para la construcción de establecimientos carcelarios, y la firma de convenios, entre otros aspectos.

## II. EL CASTIGO CIVILIZADO, LA CUESTIÓN CRIMINAL Y LA IMPORTANCIA DE LA PENITENCIARÍA NACIONAL EN LA BUENOS AIRES DEL 900

Desde hace varios años que las investigaciones en torno al crimen y al castigo en Argentina sostienen que las principales influencias en estas cuestiones fueron europeas, fundamentalmente entre las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del XX. Este consenso cimentó una cronología que enfatizó en los procesos de modernización del

estado argentino a partir de 1880, que efectivamente fue un punto referencial para la mirada sobre las instituciones punitivas (2). Los textos referenciales que indagaron en este periodo sostuvieron que el complejo andamiaje intelectual que influenció las primeras reformas institucionales se sostuvo en las premisas del positivismo criminológico italiano: fueron complejas interacciones académicas, políticas y económicas las que definieron el clima de ideas argentino para este momento que se resiste a ser definido bajo el concepto de «importación» (3).

El positivismo criminológico tuvo una capacidad impresionante en cuanto a su fuerza argumentativa a partir de premisas científicas, ya que se trataba de una metodología objetiva sostenida en la observación y la experimentación. En conjunto, las matrices intelectuales que la «nueva ciencia» pregonaba permitieron una mayor sensibilidad para con la cuestión criminal; es decir, dinamizaron un saber docto sobre los cuerpos delincuentes que se incorporó rápidamente como parte de las políticas de Estado.

Definida inicialmente por los postulados de Cesare Lombroso, y continuada por Enrico Ferri y Raffaele Garófalo, la criminología tuvo un impacto de dimensiones globales, pero con ciertos matices fuera de Italia y del continente europeo. Sin embargo, la recepción argentina de las ideas del positivismo fue extraordinaria en comparación con otros países de la región (Creazzo, 2007; Del Olmo, 1992). El elemento crítico permitió re-pensar sobre las bases objetivas defendidas por los positivistas un corpus heterogéneo pero de evidente creatividad: el temprano desarrollo de la dactiloscopia, la puesta en funcionamiento de institutos de observación criminológica y la construcción de edificios «modelo» fueron piezas esenciales del puente trazado entre los expertos locales y los europeos sostenido en el tiempo por un cierto *feedback* (4). Los apoyos y loas a las propuestas de los argentinos retroalimentaron y sustentaron la viabilidad y perdurabilidad de

---

(2) La cantidad de investigaciones acerca de la cuestión conforma actualmente un corpus inmenso de bibliografía imposible de resumir en una nota. Sin ser exhaustivos, entre las principales referencias podemos mencionar los textos pioneros de Rosa del Olmo (Del Olmo, 1981a, 1992). Ver también: CREAZZO, 2007; MARTEAU, 2003; RUIBAL, 1993; SALESSI, 2000.

(3) Máximo Sozzo interpreta el complejo proceso de recepción de las ideas de Lombroso en Argentina a partir de tres instancias sucesivas basadas en la adopción, la transacción y el rechazo (Ver: SOZZO, 2017, p. 386).

(4) Para una referencia general acerca de la arquitectura penitenciaria en Argentina, véase el artículo de Alejo GARCÍA BASALO (GARCÍA BASALO, 2017). Mercedes GARCÍA FERRARI abordó la difusión del sistema dactiloscópico a nivel transnacional (GARCÍA FERRARI, 2015).

proyectos de gran envergadura, presentes en todo un derrotero de publicaciones académicas de amplia circulación tanto dentro como fuera del país (5).

En este sentido, la mirada de funcionarios y expertos afines a la cuestión mantuvieron su mirada en los éxitos de estas ideas traducidas en políticas públicas. Los esfuerzos en establecer diálogos con las principales referencias se centraron en la comunidad científica italiana, principal referencia global en la criminología de vanguardia. Pero los saberes en torno a la cuestión penitenciaria fueron escritos en otras lenguas: las principales penitenciarias modelo se encontraban en Inglaterra, Francia, y Estados Unidos. Los estados latinoamericanos fueron construyendo sus prisiones modelo cautivados más por la cuestión edilicia que por los modelos científicos, más como un símbolo de modernización institucional frente a los ojos del mundo occidental que como un proyecto pensado por especialistas en la ciencia criminológica (Salvatore & Aguirre, 1996, 2017).

El foco principal de las políticas penitenciarias argentinas se situó en la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires, que comenzaba a funcionar en 1877. La construcción se emplazaba en una superficie de 122.000 metros cuadrados, rodeada de una enorme muralla de siete metros de altura. Ubicada en el actual barrio de Palermo, existían allí setecientas celdas destinadas a penados sin incluir el centenar de camas para los cuerpos de guardia: esta configuración perduró sin muchas alteraciones hasta principios de los años sesenta cuando finalmente fue demolida. Si bien el espacio se proyectó para las afueras del centro de la ciudad durante la década de 1860 y 1870, la rápida urbanización de Buenos Aires fundió aceleradamente a la prisión con la emergente capital metropolitana. Esta inminente locación céntrica de la Penitenciaría Nacional suscitó muchos cuestionamientos debido a la imposibilidad de emprender las premisas del castigo moderno defendido por varios modelos presentes en las discusiones internacio-

---

(5) El corpus generado al respecto es bastante importante. Acerca de la importancia de las revistas en la conformación de un lenguaje criminológico local, la obra fundante de Rosa del Olmo continúa siendo hoy en día una referencia obligada. Ver: (DEL OLMO, 1981b, 1992) Por mencionar algunas referencias: con respecto a las revistas jurídicas, ver: TAU ANZOÁTEGUI, Víctor (Ed.), *La revista jurídica en la cultura contemporánea*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1997; y en especial los posteriores trabajos de Rosa Pugliese (PUGLIESE, 2014) Mariana Dovia indagó a través de varios trabajos las publicaciones criminológicas argentinas; por ejemplo: (2012b, 2012a, 2014a, 2014b) Para la Revista Penal y Penitenciaria, el trabajo de Jeremías Silva propone una perspectiva muy interesante acerca de los alcances de la política social justicialista a través de la publicación argentina en: (SILVA, 2010) Una perspectiva internacional acerca del mismo fenómeno en: (NÚÑEZ, 2016).

nales (el silencio absoluto, separación celular, castigo individualizado, trabajo obligatorio, por ejemplo); pero facilitó la presencia de un público ajeno a la gestión carcelaria como criminólogos, médicos y expertos en general. La Penitenciaría Nacional representó un modelo de castigo en Argentina que dirimía entre las formas de punir en el mundo: tomando parte de las propuestas de las penitenciarías de Auburn y Filadelfia, presentaba un proyecto original en la práctica que obtuvo importantes elogios fronteras afuera. Los altísimos costos de construcción y mantenimiento de la Penitenciaría Nacional demostraban el compromiso del Estado argentino con las premisas punitivas en boga: para muchas personas una puesta en escena de una vidriera del castigo moderno frente a los ojos del mundo civilizado (Caimari 2004, p. 50).

Si bien el edificio porteño respondía a los vanguardistas cánones del castigo moderno decimonónico, la gestión de las prisiones en Argentina distaba de ser una imagen homogénea. A través de los trabajos disponibles hoy en día sabemos que el factor común fuera de la capital era una paupérrima administración que apenas podía con los elementos básicos de cualquier prisión: los edificios derruidos y superpoblados, la alimentación deficitaria (en cantidad y calorías) y las difíciles condiciones de supervivencia eran corrientes en los edificios desplegados a lo largo del territorio nacional. La Penitenciaría Nacional fue un edificio excepcional sobre un esquema general de precariedad hasta bien entrado el siglo xx. Sin embargo, además de su oportuna ubicación, la amplia disponibilidad de recursos estatales permitió el ensayo de políticas públicas penitenciarias aún frente a problemáticas estructurales –entre ellas, la lentitud de los procesos legales que superpoblaban las prisiones de delincuentes procesados– (6).

Las sucesivas direcciones de la Penitenciaría Nacional durante el siglo xix tuvieron un factor común, que fue la formación autodidacta y el contacto «día a día» con la población penada (González Alvo, 2017). Este conocimiento fue definido como un saber práctico, ya que la gran mayoría de las autoridades de la prisión porteña no tenían conocimientos de la administración penitenciaria. De esto puede inferirse que durante varios años, los expertos penitenciaristas fueron renuentes a los postulados de la criminología, categorizando peyorativamente a las intervenciones de médicos y expertos.

---

(6) La Penitenciaría de Buenos Aires se nacionalizó en 1880; esto significó un presupuesto más amplio y constante en relación a todas las demás prisiones del territorio argentino, que dependían de los ingresos fiscales provinciales.

La intervención de la ciencia criminológica en la gestión penitenciaria no llegará hasta los primeros años del siglo siguiente, cuando el positivismo ya se encontraba fuertemente asentado entre la comunidad académica local. La emergente ciencia generó no solo una nueva forma de conocer el problema de la delincuencia en una sociedad que crecía exponencialmente, sino también el entramado de espacios de intercambios científicos que formaron un lugar común en varias trayectorias institucionales argentinas. Dispositivos de observación de los delincuentes comenzaban a plantearse muchas veces sobre construcciones anticuadas: tal es el caso del Instituto de Criminología, conformado en 1907 bajo la dirección de José Ingenieros. Entre sus funciones se encontraban el estudio sintomático de los penados y procesados que conformaban la población carcelaria de la Penitenciaría Nacional. Consideramos que la prisión modelo de Buenos Aires fue tanto un espacio físico de intervención excepcional por parte del Estado argentino, en donde convivían en una tensión constante dos modelos antagónicos: la «prisión laboratorio», definida por las labores del Instituto de Criminología; y la «prisión fábrica» planteada por los directores penitenciarios, que estaba regida por los cánones del trabajo de los penados y la cotidianeidad propia de los espacios de reclusión (Caimari, 2002). Tanto uno como otro modelo se apoyaron en referencias foráneas para sostener modelos de castigo con fines disímiles, pero que retroalimentaron la imagen de la Penitenciaría Nacional como un modelo vanguardista.

Las ideas de la criminología circularon a través de numerosos dispositivos locales, que traducían los textos del italiano, el alemán y el inglés al español. Entre estos dispositivos, las revistas ocuparon un lugar fundamental. «Criminalología Moderna» –aparecida desde 1898 a 1901– fue la primera publicación periódica en lengua hispana acerca de la temática que proponía una perspectiva centrada en la observación metodológica del delincuente (Del Olmo 1981; Rodríguez 2006). En la revista colaboraron activa y reiteradamente Ferri, Garófalo, Lombroso (entre otros), quienes tuvieron una relación muy estrecha con su director, Pietro Gori (7). Al interrumpirse la publicación por el exilio de Gori, apareció «Archivos de Psiquiatría y Criminología», dirigida por Ingenieros, y que continuó con la pretensión objetiva y metodológica de su antecesora. La revista se convirtió en el órgano oficial del Instituto de Criminología a partir de 1907, y fue una publicación clave de circulación global que difundiría con sorprendente

---

(7) Acompañaron reiteradamente también en la revista Pedro FIGARI, Charles ALDERMANN, Scipio SIGHELE, Agustín HAMON, Napoleón COLAJANNI, Raffaele GAROFALO y Guglielmo FERRERO (Rotondo, 2014).

actualización los avances de las investigaciones locales bajo la influencia de los positivistas europeos.

El artífice del diálogo entre la administración penitenciaria y los saberes criminológicos fue Antonio Ballvé, quien tuvo una marcada trayectoria recorriendo todos los escalafones de la Policía de la Capital Federal antes de ser designado director de la Penitenciaría Nacional. La intensa actividad del ex comisario sumó a la conformación del Instituto de Criminología la apertura del Hospital Penitenciario, un importante avance que permitió un mejor tratamiento en materia de salud de la población penada (Calandria & González 2017). La estadística penitenciaria tuvo su momento referencial durante estos años, con la puesta en práctica del primer Censo Carcelario a nivel nacional y que otorgó, por vez primera, una radiografía de la situación punitiva en el territorio y un abanico de argumentos cuantitativos que no pudieron actualizarse por décadas (Olaeta 2017).

Además del Censo, se llevó a cabo en Buenos Aires el primer Congreso Penitenciario Nacional (1914). El evento evidenció que la cifra de expertos que se forjaron entre los pabellones de las prisiones argentinas era importante (Olaeta & Canavessi 2019). Lejos de una auspiciosa representación del castigo moderno, los escasos consensos conseguidos reflejaban la persistencia de las problemáticas finiseculares, aún presentes en el siglo xx: convivencia de penados y procesados; formación escasa o nula de los agentes penitenciarios y edificios derruidos por los postergados mantenimientos, se perpetuaban como común denominador a lo largo y ancho del país. La falta de interés institucional en la organización de un evento científico subsiguiente de esta magnitud se sumaría a un conjunto de cuestiones que favorecerían la concepción de la administración penitenciaria como un saber práctico, construido más cerca de la cotidianeidad de los establecimientos que de las cátedras universitarias y de los grupos de investigación expertos. En este sentido, los criminólogos tuvieron mucho más éxito (o más interés) en la inserción de sus ideas fuera de las fronteras nacionales; lo cual no opacaba todo un incipiente movimiento hacia la conformación de un saber técnico penitenciario.

Otra publicación de estas características fue el «Boletín de la Biblioteca Nacional de Criminología y Ciencias Afines», una revista dirigida por otro director de la Penitenciaría Nacional (Eusebio Gómez) entre 1926 y 1929. El objetivo de la revista, además de dar cuenta de las reformas emprendidas por su director, fue difundir las discusiones penales y penitenciarias que circulaban en el mundo europeo. No es sorprendente encontrar escasos diálogos con la situación

de las prisiones latinoamericanas, cuyas menciones son excepcionales (Cfr. González, 2019).

Aunque la Penitenciaría Nacional distaba en la práctica de ser un establecimiento modelo, el espacio fue el escenario de varias visitas internacionales que remarcaron su lugar central en las políticas penitenciarias argentinas. Las dos visitas de Enrico Ferri en 1908 y 1910 confirmaron no solo el posicionamiento de las ideas argentinas a nivel mundial, sino también el establecimiento de una conexión con el pensador italiano (Levaggi, 2014). En otras palabras, tanto el penalista italiano como la hija de Cesare Lombroso escribieron gratas palabras acerca del penal porteño que confirmaron la cercanía ideológica de los expertos locales con las redes europeas (Ferrero, Lombroso & de Quiros 1908). El auspicio de las figuras centrales del pensamiento penitenciario a nivel global era un elemento necesario para el planteo de un saber técnico local.

El estado argentino demostrará un esfuerzo concreto en insertarse en estas redes a partir del siglo xx, especialmente con la participación en discusiones penitenciarias internacionales. Si bien desde 1878 el gobierno argentino envió delegados a los Congresos Penitenciarios Internacionales éstos, en su mayoría, fueron diplomáticos establecidos en Europa con poca o nula vinculación con la temática carcelaria (8). Sin embargo, la participación del país en el VIII Congreso Penitenciario Internacional celebrado en Washington en el año 1910 incorporó por primera vez un grupo de expertos en el tema, al enviar a Armando Claros (director de la Penitenciaría Nacional) y a Antonio Amaya (director de la cárcel penitenciaria de Córdoba). Luego de la interrupción de las reuniones del Congreso Penitenciario Internacional por la Primera Guerra Mundial, el estado argentino volvió a participar del evento con el envío de un grupo de expertos. Nuevamente, el plantel técnico estuvo presidido por el director de la Penitenciaría

---

(8) Para el congreso celebrado en 1878 en Estocolmo fueron enviados informes elaborados por el médico Ernesto Aberg, Severo Basalvilbaso (presidente del Tribunal Supremo de Santa Fe) y José Zapata (miembro de Cámara de la Justicia de Mendoza). En 1885 (Roma) asistió el abogado Ángel Rojas que no presentó ningún informe. En 1890 (San Petersburgo), participaron Eduardo Ybarbalz (encargado de negocios de la legación argentina en Hungría) y Eduardo García Mansilla (también diplomático). Para el congreso celebrado en París (1895) no asistió ningún argentino y tampoco se enviaron informes carcelarios y estadísticos, pedidos con un año y medio de anticipación, por el Ministro de Interior de Francia. Asimismo, para el evento de Bruselas (1900), concurrieron los diplomáticos Marco Avellaneda, Juan C. Belgrano y Joaquín Lemoine. Los dos primeros con una vasta producción literaria, pero sin ninguna conexión con el mundo carcelario. Finalmente, al congreso en Budapest (1905), no asistió ningún delegado argentino.



Nacional, Eusebio Gómez y asistieron también José María Paz Anchorena y Juan P. Ramos, catedráticos de Derecho Penal, expertos en la cuestión criminal e involucrados en la gestión penitenciaria.

Las referidas participaciones de las delegaciones argentinas en los Congresos Penitenciarios Internacionales de 1910 y 1925 se incorporan en un tratamiento de las reflexiones penitenciarias mucho más centrado en las cuestiones técnicas, donde la dogmática «disciplina, instrucción y trabajo» se consolidó activamente en el modelo concreto del penal porteño –a menudo en conflicto con las proyecciones de los criminólogos (Caimari, 2002a). Las resoluciones de los congresos fueron traducidas y editadas en los Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, que circularon junto con las reflexiones propias de las autoridades argentinas. Estos textos se caracterizan por presentar los matices propios de un saber penitenciario que comenzaba a difundirse a partir de la Comisión Penitenciaria Internacional, pero también por desarrollar un pensamiento acerca de las prisiones centrado más en el trabajo que en las características individuales del delincuente en prisión. Los expertos penitenciarios –que salvo escasas excepciones formaron parte de los círculos de intercambio de la criminología, de mayor recepción académica– se incorporaron en algunos de los tópicos centrales de las discusiones internacionales de forma exitosa.

Como mencionamos, el pensamiento penitenciario argentino circuló ampliamente fronteras afuera a través de las publicaciones periódicas especializadas, que contaron con la participación de importantes figuras. Entre las décadas de 1880 y 1930 el destino intelectual predilecto de las reflexiones generadas por expertos argentinos estuvo centralizado en los países europeos, especialmente en Italia. La amplísima repercusión que generaban estas ideas se tradujo en un importante, aunque heterogéneo corpus de artículos científicos, donde primaba la interdisciplinarietà. Estos escritos se caracterizaron por reflejar los difusos límites de las disciplinas científicas de la cuestión criminal para ese momento, pero también por recuperar las diferentes noticias en la materia aparecidas en Europa. En otro sentido, las redes de discusión raramente incorporaron a otras naciones latinoamericanas durante estos primeros años que, al menos en las cuestiones penitenciarias, evidencian una constante y más clara referencia de los expertos europeos. La coyuntura inaugurada a partir de la década de 1930 modificará el planteo de estas redes en materia penitenciaria, por un lado, debido a las interrupciones en las reuniones académicas internacionales, y por otro, a causa de decisiones políticas que produjeron cambios estructurales en la administración del castigo en Argentina.

### III. ROBERTO PETTINATO Y LAS IDEAS PENITENCIARIAS EN AMÉRICA LATINA

Hace más de quince años, Lila Caimari publicó un importante artículo sobre la reforma penitenciaria impulsada durante el peronismo clásico (1946-1955) (9), en particular, por Roberto Pettinato, al frente de la Dirección General de Institutos Penales (DGIP) (10) tras su paso por la dirección de la Penitenciaría Nacional (Caimari, 2002b). En aquel trabajo fundacional, la autora planteó las transformaciones implementadas por Pettinato (en especial, la democratización del bienestar hacia los penados y el personal penitenciario) así como las continuidades con la agenda penitenciaria de los gobiernos conservadores de la década del 30 y con la ideología correccional del positivismo criminológico de fines del siglo XIX, basada en la tríada trabajo, educación y disciplina como pilares para la resocialización de los penados.

Los trabajos que se han escrito posteriormente se mueven dentro de esta tensión entre ruptura y continuidad, profundizando en algunos de los aspectos mencionados anteriormente. Por ejemplo, los aportes fundamentales de José Daniel Cesano (2006; 2011) y Jeremías Silva (2012; 2013) reconocen la humanización del castigo que significó el peronismo para los penados masculinos adultos (notables mejoras en alimentación, salud, sexualidad –a través del régimen de visitas para reclusos casados, fortalecimiento de los vínculos con su familia, promoción de la actividad física, el trabajo y la cultura, la creación del Régimen Atenuado de Disciplina, el cierre del temido presidio de Ushuaia, la eliminación del estigmatizante traje a rayas, los grillos para los traslados y un largo etcétera), así como las mejoras otorgadas a los funcionarios de prisiones (organización y jerarquización del personal

---

(9) En una visita reciente (febrero del año 2020) del primer mandatario argentino Alberto Fernández a Alemania, durante la cena, la canciller Angela Merkel le preguntó «¿qué es el peronismo?» y si era un movimiento de «derechas» o de «izquierdas». No pretendemos aquí, puesto que escapa a los objetivos trazados, intentar definir qué es el peronismo. Simplemente cabe señalar que en la etapa que abordamos (1946-1955, llamada peronismo clásico), fue un movimiento político, de carácter poli-clasista, con fuerte presencia de la clase trabajadora, que realizó profundos cambios políticos, económicos y sociales y promovió una activa participación del Estado. Entre esos cambios, debe incluirse la reforma carcelaria.

(10) La Dirección General de Instituto Penales (DGIP), creada en el año 1933, era el órgano que centralizaba las prisiones de jurisdicción federal (entre ellas, la célebre Penitenciaría Nacional). Si bien, al ser la Argentina un país federal las provincias tenían sus propios sistemas penitenciarios (aunque no todas), las políticas impulsadas desde la DGIP marcaban la tendencia de la reforma penitenciaria.

penitenciario, creación de la Escuela Penitenciaria de la Nación, equiparación con otros cuerpos del Estado, importantes aumentos de salarios, etc.). En otras palabras, la innegable mejora de la calidad de vida que experimentaron los sectores populares con el peronismo también habría llegado al mundo de las prisiones. Las continuidades, como fue indicado, se vincularían con una agenda penitenciaria preexistente que ya figuraba entre las preocupaciones de las elites y la opinión pública (mejoras para presos, guardicárceles y establecimientos), aunque no se hubiesen hecho efectivas y las similitudes con el paradigma científico positivista sobre el tratamiento del delincuente (11).

Nos interesa aquí avanzar, de manera preliminar, sobre los intentos de Pettinato por forjar un penitenciarismo de carácter latinoamericano a partir de la realización de múltiples viajes de estudio a diversas naciones de la región, la participación en congresos científicos, el asesoramiento técnico para la construcción de establecimientos carcelarios «modelo» y la exportación de instituciones como el Régimen de Visitas para los reclusos casados (a fin de resolver la cuestión sexual y reforzar los vínculos del penado con su familia), la Escuela Penitenciaria (donde se formaría a los futuros oficiales penitenciarios) y el Régimen de Disciplina Atenuada (o de semi-libertad, una instancia previa al egreso) (12). Para ello, en esta ocasión, analizaremos los vínculos penitenciarios establecidos entre Argentina y Brasil en el período 1947-1955. Cabe señalar que esta es una línea de investigación que debe profundizarse, ampliando tanto los países con los cuales la Argentina estableció relaciones, como el acceso a las fuentes producidas en aquellas naciones, objetivos que escapan a lo aquí propuesto.

#### IV. ROBERTO PETTINATO Y LAS RELACIONES PENITENCIARIAS ARGENTINO-BRASILEÑAS

A partir de la asunción de Pettinato en la Dirección de Prisiones, observamos un creciente interés por profundizar los lazos con Bra-

---

(11) En otra ocasión se ha debatido con estas interpretaciones acerca de las «continuidades» y «rupturas» que implicó la gestión de Pettinato, un hombre de orígenes humildes, proveniente del riñón de la burocracia penitenciaria, con estudios secundarios incompletos, al irrumpir en un mundo que hasta entonces había sido territorio de distinguidos penalistas, formados en la Universidad de Buenos Aires, pertenecientes a familias de sectores acomodados (Cfr. NÚÑEZ, 2019).

(12) Cabe señalar que los viajes se realizaron en ambas direcciones: los más destacados representantes penitenciarios de Brasil, Uruguay, Chile, Ecuador, Paraguay, entre otros, visitaron la Argentina, invitados por Pettinato.

sil (13). De hecho, su primera gira de estudios al extranjero fue a esa nación. En septiembre de 1947 inició un largo viaje en el que recorrió los establecimientos carcelarios de Rio de Janeiro, San Pablo, Porto Alegre, Belo Horizonte y Florianópolis, analizando minuciosamente el régimen y tratamiento, alimentación, trabajo, actividades culturales y deportivas realizadas por los reclusos, con el objetivo de nutrirse de novedosas concepciones penitenciarias y poder aplicar, a posteriori, algunos de esos conocimientos en la Argentina (14). También, dictó

---

(13) Si bien es un tema que debe ser profundizado, en los años 1930 ubicamos algunas referencias a Brasil en la *Revista Penal y Penitenciaria* (órgano de la Dirección General de Institutos Penales). Por ejemplo, en 1936, en la sección «Ciencia Penitenciaria», se publicó –sin comentario alguno– el Reglamento de la Penitenciaría de Sao Paulo (Brasil) del año 1924 (que constaba de 171 artículos). Al año siguiente, se dio cuenta de la estadística carcelaria brasilera (además, la de Colombia, Chile, Cuba, Ecuador, Francia, Inglaterra, México). También, sobre la decisión de construir una nueva penitenciaría modelo en Río de Janeiro. La noticia indicaba que «...en cuanto a la extensión del terreno el Consejo Penitenciario de Río de Janeiro compara el elegido con el de la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires (será tres veces mayor) y el de la Penitenciaría de San Pablo (cuatro veces mayor)». Dos años después, en 1939, se informaba que se construiría un presidio en la isla de Itamaracá, «uno de los más modernos», que contaría con seiscientos hectáreas, doscientas casas-habitaciones para los penados-obreros y se realizaría un trabajo intensivo de la agricultura. Por último, se informaba el fallecimiento del doctor Evaristo de Morais, presidente de la Sociedad Brasileña de Criminología y «autor de numerosas obras sobre problemática criminal». En 1941, se publicó un extenso artículo de Landaburu y Laplaza sobre el nuevo código penal brasileño. A partir del año 1947, con la asunción de Pettinato, son numerosas las referencias a Brasil. Por ejemplo, en el número correspondiente a 1943 (publicado años después), en la Sección Extranjera hay un artículo sobre el código penal de 1940. También, se informa que los reclusos de la Penitenciaría de San Pablo «comen en comunidad y escuchan audiciones de radio», puesto que el director del Departamento de Presidios de esa ciudad puso en práctica una importante innovación en materia penitenciaria: la merienda en común de los reclusos. En el número correspondiente a 1945 se dio cuenta de la Segunda Conferencia Penitenciaria Brasileña (que tuvo lugar en julio de 1944), señalando los temas que se abordaron. En 1946, se publicó un extenso artículo de Lemos Britto (Presidente del Consejo Penitenciario del Distrito Federal), intitulado «Evolución del sistema penitenciario brasileño en los últimos veinticinco años» A partir del año 1947, las noticias se multiplican también en otros espacios, como el periódico para reclusos *Mañana*, que dará minuciosa cuenta de los viajes de Pettinato a esa nación.

(14) El periódico *Mañana* resaltaba el interés «práctico» del viaje de Pettinato y la importancia de conocer las «experiencias comprobadas en el terreno», prestando menos atención a las disquisiciones teóricas. «Sean buenos o no los regímenes brasileños –afirmaba *Mañana*– de ellos surgirán enseñanzas que el señor Pettinato se ha prometido no olvidar. Lo malo, evitarlo; lo bueno implantarlo en la Argentina en esta era de justicia en que la elemental concepción de humanidad llega hasta los establecimientos penales». Véase, «Realiza una gira de estudio por Brasil» (*Mañana* 1947b). Cabe señalar –en este ida y vuelta de los viajes de las ideas– que unos meses antes, estudiantes brasileños de la Facultad de Derecho de la Universidad de Paraná visita-

una serie de conferencias sobre la situación carcelaria argentina en universidades y centros de investigación criminal y estableció contacto con las más altas autoridades penitenciarias y judiciales (15).

Esta visita reforzó las vinculaciones entre los penitenciaristas latinoamericanos y generó un mutuo interés por conocer y aprehender sobre la organización carcelaria en ambos países (16), cuestión que rompe –como vimos– con una lógica que, tanto en Argentina como en Brasil, tendía a centrar la mirada en la experiencia y modelos de los países europeos. Poco después, en 1952, Pettinato sería invitado a la Primera Reunión Penitenciaria Brasileña que se llevó a cabo en Río de Janeiro (fue el único invitado extranjero) donde expuso sobre las realizaciones de la doctrina penitenciaria justicialista (17).

De acuerdo a diversos testimonios, la participación de Pettinato en Brasil fue muy elogiada, en especial su descripción de tres instituciones creadas por el argentino: el régimen de disciplina atenuada; las escuelas penitenciarias y la casa de visitas íntimas para los reclusos casados, de «revolucionaria aplicación», que, a juicio de la prensa brasileña, debían ser adoptadas de inmediato en los presidios de ese país. También fueron muy bien receptadas las sugerencias de Pettinato para

---

ron la Penitenciaría Nacional. El periódico *Mañana* fue consultado en el Museo Antonio Ballvé del Servicio Penitenciario Federal.

(15) En una conferencia dictada en el Instituto de Biotipología Criminal del Departamento de Presidios del Estado de San Pablo, Pettinato fue presentado por Juan Carlos Da Silva Telles (director de dicho instituto), quien señaló que «...hablar de Pettinato es hablar de un luchador. Es un estudioso incansable, un permanente observador y un realizador avisado». Luego afirmó que aquél conocía todos los sistemas (Auburn, Crofton, Elmira, etc.) «tomando de todos algo, pero siempre teniendo en cuenta el material humano con el que lidia y el terreno en el que edifica». Finalizó señalando que «todos los establecimientos penitenciarios del mundo ligan su nombre a un hombre: Valencia a Montesinos, Elmira a Brockway, Witzwill a Kellerhals y la Penitenciaría Nacional a Roberto Pettinato» (Mañana 1947a)

(16) Por ejemplo, en el año 1951, José Loureiro Junior (Secretario de Estado de Justicia y Negocios Interiores de San Pablo); el doctor José Muniz de Figueredo (Director de la Penitenciaría Central del Estado de Paraná); el señor Eduardo Goulart (Director de Establecimiento de Menores de Porto Alegre); el señor Luis O.P Albuquerque (Escuela Vocacional Agroindustrial de Río Grande do Sul); el doctor Olynto Franco da Silveira (director del Instituto Modelo de San Pablo) y las señoritas Marina Ferreira y Raphaelina Ottajano, asistentes sociales de San Pablo, visitaron varios establecimientos de corrección de la Argentina, entre los que cabe señalar la Penitenciaría Nacional, el Asilo de Corrección de Mujeres y el Penal de menores de Marcos Paz.

(17) En la misma ciudad, previamente se llevó a cabo el Seminario Regional Latinoamericano de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente donde se estaban elaborando las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos que fueron sancionadas por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1955 (hoy llamadas Reglas Mandela). Pettinato encabezaba la delegación argentina y era Corresponsal argentino ante el Departamento de Asuntos Sociales de la ONU

el régimen carcelario brasileño, en aspectos tales como la alimentación (debía ser similar para reclusos y guardias y atender a aspectos calóricos y climáticos); el vestuario; la importancia de garantizar el trabajo para todos los penados «obligatorio, remunerado, atractivo, en condiciones y seguridad similares al obrero libre» y que incluyese aportes jubilatorios; el regular funcionamiento de los patronatos de liberados, «piedra angular» de la reforma carcelaria, que dispusiese cupos laborales en empresas y obra pública para los egresados de las cárceles; la eliminación del pan y agua como medidas disciplinarias y el absoluto respeto por la libertad de culto de los penados (18).

En 1953, los lazos penitenciarios argentino-brasileños adquirieron aún más intensidad. A comienzos de ese año, Lourivel Vilela Viana, profesor de Derecho Penal y Psicopatología Forense de la Facultad de Derecho de Minas Gerais, dictó una conferencia en la Penitenciaría Nacional acerca del «Sistema penitenciario en el derecho brasileño». A continuación, fue designado miembro de honor del Instituto de Criminología de Buenos Aires. Por su parte, Pettinato volvió a participar en el Seminario Latinoamericano de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente realizado en Río de Janeiro y meses después en la Segunda Reunión Penitenciaria Brasileña celebrada en Curitiba. En lo que respecta al encuentro científico en la ciudad carioca, fueron aprobadas treinta y cinco propuestas de la delegación argentina referidas a la protección de los derechos sociales de los internos; el seguro social; la indemnización por accidentes de trabajo; las enfermedades profesionales; el reconocimiento del trabajo por parte de los internos, entre otros puntos (19). En el acto de cierre expusieron Carrara Truji-

---

(18) Véase, «Importantes sugerencias penitenciarias aporta Argentina al Congreso Penitenciario del Brasil» (Mañana 1952a). Además de los férreos vínculos entre los penitenciaristas de ambos países, había una «comunidad de ideas» entre los máximos líderes políticos Juan Domingo Perón y Getulio Vargas. Así, la reunión científica elogió al mandatario argentino y a la recientemente fallecida Eva Perón. Al cierre de las sesiones se leyó un documento en que se reivindicó a «tres augustas damas» de la historia: Juana de Arco, Juana Angélica y Eva Perón. «La primera vivió en la cárcel su gloria, la segunda defendió la cárcel de Dios y la tercera expandió su bondad en las cárceles y gastó su imaginación frente a la injusticia». Véase, «La Reunión Penitenciaria Brasileña rindió un emocionado homenaje a la señora Eva Perón», 2 de diciembre de 1952» (*Mañana* 1952b).

(19) A la reunión de Río de Janeiro, celebrada del 6 al 13 de abril, preparatoria de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, Pettinato asistió junto al Inspector General de Justicia Alberto Rodríguez Fox. Asimismo, aquel dictó una serie de conferencias en la Escuela de Policía de Río de Janeiro sobre la policía femenina, destacando el papel que debía cumplir la mujer –junto al hombre– en la conquista de un mundo mejor en función social, así como la asistencia que en tal sentido prestaba la policía femenina como colaboradora eficaz y necesaria en la tarea preventiva y represiva del delito. También dio una charla en la Facultad de Derecho de la Universi-

llo (en representación de los delegados de los países de Centro y Norte de América) y Pettinato por los del Sur y se indicó que las propuestas argentinas serían «muy tenidas en cuenta» al momento de elaborar las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Asimismo, Pettinato recibió una grata noticia: en esos días, se creó en Río de Janeiro una Escuela Penitenciaria, siguiendo los lineamientos de la escuela argentina. El periódico *Mañana* señalaba que la medida fue aprobada en una sesión de la Asociación Brasileña de Prisiones cuando el juez en lo penal Severino Alves de Souza, al visitar la Argentina, conoció la Escuela Penitenciaria y que el director sería Benjamín Moraes, profesor de Derecho Penal de la Facultad de Río de Janeiro.

Como indicamos, del 12 al 19 de julio de 1953, se realizó el segundo congreso de la Asociación Brasileña de Prisiones en Curitiba al que concurren directores de los establecimientos penales, magistrados y criminólogos de todos los Estados de Brasil. Pettinato fue invitado a dictar una conferencia magistral sobre «La reeducación del delincuente en el sistema penitenciario justicialista» (20). Y a dar el discurso de clausura del evento científico (21). Asimismo, aprovechó el viaje para conocer la Penitenciaría de Abú, la nueva Penitenciaría Central del Estado y la Casa de Detención de Paranaguá. A su regreso, vía Porto Alegre, visitó la Penitenciaría, la Cárcel de Mujeres y el Patronato de Lima Drummond.

Desde el lado brasileño, la visita más notable a la Argentina fue, sin dudas, la de Victorio Canepa- Presidente perpetuo de la Asociación Brasileña de Prisiones y Director de la Penitenciaría de Río de

---

dad de Río de Janeiro acerca de «La acción penitenciaria en el segundo plan de gobierno de la Argentina» y otra sobre «El código de justicia policial en la Argentina».

(20) En su alocución, Pettinato diferenció la educación impartida en una cárcel de la educación común. La primera implicaba «una acción compleja de remodelado que importa volcar en patrones nuevos, éticamente ponderables los restos desarmónicos de la personalidad del internado». Asimismo, que la educación del recluso se diferenciaba de la educación formadora en los siguientes aspectos: 1) Por las peculiaridades del sujeto en quien recae su actividad; 2) Por la necesidad imperiosa de atribuirle una finalidad trascendente con respecto a la personalidad misma del sujeto; 3) Por su esencial modalidad individualizadora de lo pedagógico; 4) Por estar involucrada en la totalidad de las actividades penitenciarias; 5) Por la variedad de su programa pedagógico; 6) Por la especialización que se requiere en los maestros, profesores e instructores y 7) Por la necesidad de una estrecha coordinación de actividades entre el personal educador especializado y todos los otros organismos técnicos del establecimiento penal (PETTINATO, 1953).

(21) También fue designado miembro titular del Centro de Estudios Jurídicos de Bahía, como muestra de la alta estimación con que se le consideraba. Véase, «Regresó del Brasil el Señor Roberto Pettinato», en *Mañana*, 28 de julio de 1953, Año XVI, n.º 757, p. 2.

Janeiro- que fue recibido con honores por el primer mandatario Juan Domingo Perón, visitó varios establecimientos de corrección y dictó una serie de conferencias sobre la situación del sistema penitenciario brasileño (22). Antes de emprender el regreso a su país, Canepa visitó a Natalio Carvajal Palacios, Ministro de Justicia de la Argentina y firmó un convenio para que los cadetes egresados con mejor promedio de la flamante Escuela Penitenciaria de Brasil realizaran un viaje de estudio a la Argentina.

A fines de 1953, César Salgado, Procurador General de Justicia del Estado de San Pablo viajó a la Argentina donde fue recibido por Pettinato, por el Ministro de Justicia y visitó una serie de establecimientos: la Penitenciaría Nacional, la Prisión Nacional y el Asilo de Corrección de Mujeres. Al año siguiente se llevó a cabo la Tercera Reunión Penitenciaria Brasileña en Florianópolis y Pettinato fue invitado a participar de las sesiones y dictar una serie de conferencias. Entre los temas de la reunión científica se abordó la cuestión de la asistencia religiosa y la asistencia social en las prisiones, la asistencia jurídica a los presos condenados y la alfabetización obligatoria de los penados. También se realizó una visita a la Colonia Penal de Canasvieiras. La labor de Pettinato (dentro y fuera de la Argentina) fue sumamente elogiada por el presidente del congreso Romeo Sebastian Neves y la prensa destacó las «comunes aspiraciones» del penitenciarismo brasileño y argentino.

En septiembre de 1955, el gobierno constitucional de Juan Domingo Perón finalizó abruptamente por un golpe cívico-militar autodenominado Revolución Libertadora. Pettinato, que se encontraba en un congreso en Ginebra donde se estaban elaborando las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, regresó inmediatamente y debió asilarse en la embajada de Ecuador en Buenos Aires, puesto que su vida (y la de su familia) corrían serio peligro. Se iniciaba así un largo exilio de Pettinato por más de una década: enjuiciado por (supuesto) enriquecimiento ilícito nunca comprobado, des-

---

(22) Una de las conferencias de Canepa se realizó en el Salón Eva Perón de la Penitenciaría Nacional. En la presentación, Pettinato elogió la formación del disertante, los viajes, premios obtenidos y en especial la dirección de establecimientos (cárcel correccional de Dos Reis y Presidio Militar de Río Grande; Casa de Corrección de Río de Janeiro, de la Penitenciaría de mujeres y del Sanatorio Penal), afirmando que es «...protagonista principal, inspirador y realizador de la reforma penitenciaria brasileña y bajo su dirección se construye parte de la magnífica y moderna Penitenciaría Central del Distrito Federal». Antes de dejarle la palabra, afirmó, conmovido que «queda con vosotros un colega ilustre, más que colega un amigo y más que todo eso un brasileño que aquí, en nuestra patria, es como si dijéramos un hermano» (*Mañana* 1953).



pojado de su cargo, separado de su familia, el ex director de Prisiones argentino, que tanto había contribuido a la construcción de un penitenciario latinoamericano, veía desmoronarse rápidamente su labor construida a lo largo de varios años. Las nuevas gestiones, guiadas por otros intereses, por cierto, bastante alejados de la «humanización del castigo», le imprimirán una nueva lógica de control y seguridad a los servicios penitenciarios.

## V. CONCLUSIONES PRELIMINARES

Las relaciones de los expertos argentinos durante el siglo xx merecen ser interpretadas bajo ciertos matices. Durante las últimas décadas, el entramado de conexiones entre expertos fue mayormente interpretado a partir de una recepción de las ideas positivistas criminológicas, difundida enfáticamente desde los países occidentales centrales. Si bien esta matriz persiste particularmente hasta la década de 1930, la inserción de las ideas argentinas se trazó desde un lugar original, aunque de reconocimiento de índole intelectual y cultural. El apoyo del Estado argentino pivoteó entre la desidia diplomática y un interés evidente que comenzó a definir de manera más clara para las primeras décadas del siglo xx.

A partir de la interrupción de las reuniones internacionales más asentadas, los expertos argentinos comenzaron a inmiscuirse en problemáticas locales y trazando vínculos de difusos límites entre lo político y lo intelectual. Este aspecto es evidente en la figura de Pettinato, que realizó un aporte fundamental y novedoso de la cuestión penitenciaria a nivel latinoamericano. Estos vínculos implican repensar la matriz relacional de los saberes y las prácticas penitenciarias sobre una mirada que priorice los elementos regionales; generándose así elementos particulares de escaso análisis por parte de la historia del crimen y el castigo.

## VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CAIMARI Lila, 2004, *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en Buenos Aires, 1880-1940*, Buenos Aires, Buenos Aires: Siglo XXI.
- 2002a, «Castigar civilizadamente. Rasgos de la modernización punitiva en la Argentina (1827-1930)» en Sandra Gayol y Gabriel Kessler (eds.), *Violencias, delitos y justicias en la Argentina*, Manantial - Universidad Nacional de General Sarmiento, pp. 141-167.

- CAIMARI Lila, 2002b, «Que la revolución llegue a las cárceles»: el castigo en la Argentina de la justicia social (1946-1955)», *Entrepassados. Revista de Historia*, 2002, p. 27-48.
- CALANDRIA Sol & GONZÁLEZ Esteban, 2017, «I. Antonio Ballvé (1867-1909). Una aproximación biográfica» en Antonio Ballvé (ed.), *La Penitenciaría Nacional de Buenos Aires*, 1.ª ed., Córdoba, Buena Vista, pp. 13-41.
- CESANO José Daniel, 2011, *La política penitenciaria durante el primer peronismo (1946-1955). Humanización, clima ideológico e imaginarios*, Córdoba, Editorial Brujas.
- 2006, «El sistema penal durante el primer peronismo (1946-1955): a propósito de ciertas interpretaciones», *Boletín Americanista*, 2006, n.º 56, pp. 69-88.
- CREAZZO, Giuditta, 2007. *El positivismo criminológico italiano en la Argentina* (1. ed). Buenos Aires: Ediar.
- DOVIO Mariana, 2014a, «Medicina legal en Buenos Aires entre 1924-1934: Proyectos legales sobre peligrosidad en la Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal», *Cuadernos de Historia (Santiago)*, 1 juin 2014, n.º 40, p. 95-114.
- 2014b, «La peligrosidad en la “revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal”», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2014, IV, n.º 4, p. 44-58.
- 2012a, «La noción de la “mala vida” en la Revista Archivos de Psiquiatría, Criminología, Medicina Legal y Ciencias Afines, Buenos Aires (1902- 1913) en relación al Higienismo argentino», *Nuevo mundo mundos nuevos*, 25 septembre 2012, p. s/n.
- 2012b, «El caso de la “mala vida”; en la Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal (1914-1927) en Buenos Aires Entre la peligrosidad y la prevención», *Revista de Historia del Derecho*, 2012, n.º 43, pp. 1-29.
- FERRERO Guglielmo, LOMBROSO Gina & QUIROS Bernaldo DE, 1908, *La penitenciaría nacional de Buenos Aires: juzgada en el extranjero*, Buenos Aires, Penitenciaría Nacional.
- GARCÍA BASALO, Alejo, 2017, «Arquitectura carcelaria en Buenos Aires: la Cárcel Correccional de San Telmo en el siglo XIX», *Revista de Historia de las Prisiones*, 2017, n.º 5, pp. 45-74.
- GARCÍA FERRARI Mercedes, 2015, *Marcas de identidad: Juan Vucetich y el surgimiento transnacional de la dactiloscopia (1888-1913)*, s.l., 312 pp.
- GONZÁLEZ ALVO, Luis, 2017, «Una aproximación a los orígenes de la administración penitenciaria federal. Las “comisiones de cárceles” y el Proyecto de Reformas de Claros y Muratgia (1890-1912)», *Anuario del Instituto de Historia Argentina*, 2017, vol. 17, no 1, p. 1-25.
- GONZÁLEZ Esteban, 2019, «El Boletín de la Biblioteca Nacional de Criminología y Ciencias Afines (1926-1929): Eusebio Gómez y la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires», *Revista Historia y Justicia*, 2019, no 12.
- 2018, «El trabajo de los penados argentinos alrededor del mundo. Eusebio Gómez en el IX Congreso Penitenciario Internacional (Londres, 1925)», *Revista de Historia de las Prisiones*, 2018, n.º 7.

- LEVAGGI Abelardo, 2014, «Impacto que produjo en la ciencia penal Argentina la presencia de Enrico Ferri», *Horizontes y convergencias. Lecturas históricas y antropológicas sobre el derecho*, 2014.
- MAÑANA, 1953, «Disertó en la Penitenciaría Nacional el Mayor Victorio Canepa», *Mañana*, 29 sept. 1953 p. 1.
- 1952a, «Importantes sugerencias penitenciarias aporta Argentina al Congreso Penitenciario del Brasil», *Mañana*, 2 dic. 1952 p. 1.
- 1952b, «La Reunión Penitenciaria Brasileña rindió un emocionado homenaje a la señora Eva Perón», *Mañana*, 2 dic. 1952 p. 1.
- 1947a, «Prolongada gira por Brasil», *Mañana*, 4 sept. 1947 p. 1.
- 1947b, «Realiza una gira de estudio por Brasil», *Mañana*, 28 ago 1947, 28 ago 1947, p. 1.
- MARTEAU Juan Félix, 2003, *Las palabras del orden: proyecto republicano y cuestión criminal en Argentina (Buenos Aires, 1880-1930)*, 1.ª ed., Buenos Aires, Editores Del Puerto, 193 p.
- NÚÑEZ, Jorge, 2019, «La exportación del penitenciarismo justicialista. Roberto Pettinato y el asesoramiento técnico en la construcción de la Penitenciaría del Litoral (Ecuador, mayo-septiembre de 1954)», *Revista da Faculdade de Direito, Universidad Federal de Minas Gerais*, 18 jun 2019, n.º 74, p. 311-352.
- OLAETA Hernán, 2017, «Apuntes sobre la historia de las estadísticas penitenciarias en Argentina, 1906-2016», *Revista de Historia de las Prisiones*, 2017, no 6, p. 70-96.
- OLAETA Hernán y CANAVESI, Juan José, 2019, «Los saberes penitenciarios. Análisis comparativo de los congresos penitenciarios realizados en 1914, 1953 y 1954 en la República Argentina», *Revista de Historia de las Prisiones*, 2019, n.º 8, p. 22-56.
- OLMO ROSA DEL, 1981, *América Latina y su criminología*, 1a ed., México, Siglo Veintiuno Editores, 272 p.
- OLMO ROSA DEL, 1992, *Criminología Argentina: apuntes para su reconstrucción histórica*, s.l., Ediciones De Palma, 71 p.
- PETTINATO Roberto, 1953, «Sin título», *Mañana*, 21 juill. 1953 p. 3.
- PUGLIESE María Rosa, 2014, «Las Revistas Jurídicas en la Argentina en la primera mitad del siglo XX: Una mirada cultural y didáctica sobre el género», *Revista de Historia del Derecho*, 2014, no 47, p. 105-148.
- RODRIGUEZ Julia, 2006, *Civilizing Argentina: Medicine, Science and the Modern State*, 1.ª ed., Chapel Hill, University of North Carolina Press, 306 pp.
- ROTONDO Francesco, 2014, *Itinerari alla periferia di Lombroso: Pietro Gori e la Criminologia moderna in Argentina*, 1.ª ed., Italia, Napoli Editoriale scientifica, 207 p.
- RUIBAL Beatriz, 1993, *Ideología del control social: Buenos Aires 1880-1920*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 80 p.
- SALESSI Jorge, 2000, *Médicos maleantes y maricas: higiene, criminología y homosexualidad en la construcción de la nación argentina (Buenos Aires, 1871-1914)*, Rosario [Argentina], Beatriz Viterbo Editora, 413 pp.
- SALVATORE Ricardo y AGUIRRE Carlos, 2017, «Revisitando El nacimiento de la penitenciaría en América Latina veinte años despues», *Revista de Historia de las Prisiones*, 2017, n.º 4, pp. 7-42.

- SALVATORE Ricardo y AGUIRRE Carlos, 1996, *The birth of the penitentiary in Latin America: essays on criminology, prison reform, and social control, 1830-1940*, Austin, University of Texas Press, 279 p.
- SILVA Jeremías, 2010, «Difundir el "Penitenciarismo Justicialista": la Revista Penal y Penitenciaria, 1946-1953» en Claudio Panella y Guillermo Korn (eds.), *Ideas y debates para la nueva Argentina: revistas culturales y políticas del peronismo (1946-1955)*, La Plata / Universidad Nacional de La Plata, EPC Ediciones de Periodismo y Comunicación, pp. 139-168.
- 2013, «Roberto Pettinato: La política carcelaria entre la dignificación y la represión» en Raanan Rein y Claudio Panella (eds.), *La segunda línea: Liderazgo peronista. 1945-1955*, Buenos Aires, Pueblo Heredero/EDUNTREF, pp. 267-287.
- 2012, «Las cárceles de la "Nueva Argentina": Administración del castigo y catolicismo durante el peronismo clásico», *Trabajos y Comunicaciones*, 2012, n.º 38, p. 57-86.
- SOZZO Máximo, 2017, «Los usos de Lombroso: tres variantes en el nacimiento de la criminología positivista en Argentina» en Lila M. Caimari y Máximo Sozzo (eds.), *Historia de la cuestión criminal en América Latina*, Rosario, Prohistoria, pp. 27-70.
- TAU ANZOÁTEGUI Víctor (ed.), 1997, *La revista jurídica en la cultura contemporánea*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 389 pp.

# Apuntes para un estudio histórico del personal penitenciario en la República Argentina: la creación del Cuerpo de Guardia de Cárceles (1911)

HERNÁN OLAETA

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / Argentina  
Universidad de Buenos Aires y Universidad Nacional de Quilmes

JUAN JOSÉ CANAVESSI

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / Argentina  
Universidad del Salvador y Universidad Nacional de Moreno

## RESUMEN

*Este trabajo presenta una primera aproximación al estudio del personal penitenciario nacional de la República Argentina durante el período inicial transcurrido entre el año 1877, correspondiente a la inauguración de la Penitenciaría de Buenos Aires, y 1911, en que se crea el Cuerpo de Guardia de Cárceles. Luego de un repaso sobre las primeras reglamentaciones existentes en el ámbito de la Penitenciaría, se hace foco –a partir del análisis de fuentes institucionales y notas periodísticas– en los hechos que precipitaron la creación del Cuerpo de Guardia y el alcance de su implementación. De esa manera, se da cuenta de las principales preocupaciones expresadas por la prensa y la respuesta oficial ante la demanda de regularización en las tareas de vigilancia de las prisiones nacionales producida en las primeras décadas del siglo XX.*

Palabras claves: *Penitenciaría Nacional de Buenos Aires, Guardia de Cárceles, Servicio Penitenciario Argentina, evasión, seguridad.*

## ABSTRACT

*This work represents a first approach to the study of Argentinian Republic's penitentiary personal over its initial period elapsed between 1877, referring to the open-*

*ing of the Penitenciaría de Buenos Aires, and 1911, when the Cuerpo de Guardia de Cárceles was created. After a review of the first existing regulations in the ambit of the Penitenciaría, focus is made -starting from analysis from institutional sources and journalistic notes- in the acts that rushed the creation of the Cuerpo de Guardia and the scope of it's implementation. That way, it comes to the realization of the main concerns expressed by the press and the official response to the demand of the regulation in the vigilance tasks of national prisons produced in the first decades of the XX century*

Key words: *Penitentiary, prissions, escape.*

SUMARIO: 1. Introducción.-2. La organización formal del personal penitenciario desde la creación de la Penitenciaría.-3. El problema de la guardia externa de los establecimientos.-4. Acontecimientos precipitantes, creación y características del Cuerpo de Guardias. Un seguimiento desde la prensa.-5. Algunas conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

Importantes trabajos han aludido a la demorada centralización del sistema penitenciario argentino, así como también a las sustanciales diferencias entre los establecimientos provinciales o de los territorios nacionales en comparación con la Penitenciaría Nacional (1). También ha sido extensamente abordado el nacimiento y primeros años de funcionamiento de la Penitenciaría Nacional (2). Sin embargo, la

---

(1) CAIMARI, L., *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en Buenos Aires (1880-1940)*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2004; SILVA, J., «Formación de los agentes penitenciarios durante el peronismo»; en BIERNAT, C., *Políticas Sociales, entre demandas y resistencias*, Buenos Aires, Biblos, pp. 123-148; BOHOSLAVSKY, E., «Sobre los límites del control social. Estado, historia y política en la periferia argentina»; en BOHOSLAVSKY, E. y DI LISCIA, M. S., (Eds.), *Instituciones y formas de control social en América Latina 1840-1940*, Buenos Aires, Prometeo, 2005, pp. 49-72; GONZÁLEZ ALVO, L., «Una aproximación a los orígenes de la administración penitenciaria federal. Las “Comisiones de cárceles” y el Proyecto de reformas de Claros y Muratgia (1890-1912)», *Anuario del Instituto de Historia Argentina*, Vol. 17 N.º 1, Junio 2017, Universidad Nacional de La Plata.

(2) GARCÍA BASALO, J. C., *Historia de la Penitenciaría de Buenos Aires (1869-1880)*, Buenos Aires, Ed. Servicio Penitenciario Federal, 1979; CAIMARI, L., «Castigar civilizadamente. Rasgos de la racionalización punitiva en Argentina (1827-1930)»; en GAYOL, S. y KESSLER, G. (Eds.), *Violencias, delitos y justicias en Argentina*, Bue-

cuestión referida a la conformación del personal penitenciario, especialmente en el ámbito nacional, ha sido un tema poco tratado por la historiografía argentina.

Entendemos que esta problemática representa un campo de notable interés para indagar, presentando muchas dimensiones para su análisis que van desde los aspectos normativos o reglamentarios, el perfil o características del personal que trabajaba en las unidades, la interacción entre dicho personal y las personas privadas de libertad, la formación de los empleados penitenciarios y el tema analizado particularmente para este trabajo, que es la conformación de una guardia externa en las cárceles.

Todas estas cuestiones presentaron una notable evolución a lo largo de los años, con muchas marchas, contramarchas y especificaciones de acuerdo al ámbito a analizar, por lo que resulta muy útil periodizar su abordaje en etapas. En esta primera aproximación, haremos el siguiente recorte: dentro de la jurisdicción nacional nos limitaremos a las primeras décadas de funcionamiento de la Penitenciaría Nacional y, más allá de un punteo inicial de algunos hitos formales, nos enfocaremos en la creación de una guardia de vigilancia. Así, el período de análisis será desde el año 1877, cuando se inaugura la Penitenciaría de Buenos Aires, hasta que se cumple el primer aniversario del Cuerpo de Guardias de Cárceles, creado en 1911.

Es de destacar que en los años siguientes se fueron produciendo otros acontecimientos muy importantes relacionados a la cuestión, como la nueva reglamentación de la Penitenciaría en 1925, la creación de Superintendencia de Cárceles y Establecimientos de Corrección Nacionales esa misma década o, en la siguiente, la creación de la Dirección General de Institutos Penales. Ese período podrá ser materia de futuras aproximaciones a la temática.

## 2. LA ORGANIZACIÓN FORMAL DEL PERSONAL PENITENCIARIO DESDE LA CREACIÓN DE LA PENITENCIARÍA

Uno de los primeros antecedentes normativos de relevancia en la conformación del personal penitenciario lo encontramos el 5 de febrero de 1855 cuando se dicta el autodenominado Primer Reglamento Orgánico para las Cárceles Argentinas, específicamente el

---

nos Aires, Manantial, 2002, pp. 141-167; SALVATORE, R., *Subalternos, derechos y justicia penal. Ensayos de historia social y cultural argentina, 1829-1940*, Buenos Aires, Gedisa, 2010.

Reglamento para las Cárceles de las Ciudades y Villas del Territorio Federalizado Acordado por el Superior Tribunal de Justicia. Allí, entre otras cuestiones, se establecen las funciones y obligaciones del Alcaide, que viviría en las cárceles y tendría la custodia interna de los presos, y del Alguacil Mayor, encargado de la inspección y régimen interno de la cárcel.

Paralelamente, desde la segunda mitad del siglo XIX, poco a poco fue tomando fuerza en la agenda política la construcción de nuevas cárceles acordes con la norma constitucional y, al menos desde lo discusivo, los adelantos de la época. El 3 de mayo de 1869 Emilio Castro prestó juramento como Gobernador de Buenos Aires y en su discurso ante la Asamblea Legislativa habló del estado de las cárceles, contrario a lo establecido por la constitución, estableciendo como prioritario encarar acciones en esa área: «debe preferirse la construcción de una cárcel, con arreglo a los mandatos constitucionales, que la empresa del mejor ferrocarril» (3).

El 10 de julio de 1869, el Ministro de Gobierno Antonio Malaver, conecedor de la cuestión penitenciaria (4), visitó las cárceles existentes y ese mismo mes se abrió a concurso y establecieron las bases para presentar planos y presupuestos para la edificación de una cárcel. Ese mismo año, el Superior Tribunal de Justicia aprobó un Reglamento para las Cárceles que, a partir de junio de 1877, se usó para los encausados que se encontraban en la Penitenciaría de Buenos Aires «en cuanto no se oponga a lo dispuesto por el Reglamento Provisorio» de dicha institución (5).

La reglamentación tenía en su título primero disposiciones sobre el personal de la cárcel. En el artículo 2 sostenía que «ejercerán su autoridad con firmeza, moderación y humanidad, absteniéndose de todo lenguaje irritante y de todo acto de violencia contra los presos (...) exigir (*sic*) la más completa obediencia y de considerarlos como individuos sometidos a su autoridad, y no como á compañeros». El artículo 3 exponía que «habrá en la Cárcel un Alcaide Principal, un ídem segundo, un Capellán, un Médico, once llaveros y un ordenanza». Después detallaba las funciones de los Alcaldes 1.º y 2.º y los

---

(3) Citado en GARCÍA BASALO, J. C., «Origen de la Penitenciaría de Buenos Aires (1869-1877)», en *Nueva Vida*, Periódico cuatrimestral de la Asociación de Mutual Jefes y Oficiales Retirados del Cuerpo Penitenciario de la Nación (AJORP), año IV, N.º 10, 1977, p. 5.

(4) Su tesis doctoral, presentada en la Universidad de Buenos Aires en 1860, abordó «Las penas en general», estudio para el cual visitó los establecimientos penitenciarios del Buenos Aires de entonces.

(5) Reglamento para las Cárceles aprobado por el Superior Tribunal de Justicia, impreso en Buenos Aires, 1869, citado por García Basalo, 1979, *op. cit.*, p. 243.



llaveros que, básicamente, eran los guardias que tenían funciones de vigilancia. Se pretendía que casi no hablasen con los detenidos, haciendo cumplir prescripciones, horarios, tareas, etc.. También se mencionaban en la sección Ambulancia, Médico, Capellán y Sacristán. Por su parte, en Título VIII, artículo 1.º, se hacía mención a la guardia militar que entraría de servicio y se pondría a las órdenes del Alcaide Principal; mientras que en el artículo 2 se establecía que se «destacará tantos centinelas como se le pidan, y en los lugares que se le indiquen, pero el Alcaide no podrá situarlos dentro del edificio, donde puedan los soldados comunicarse con los detenidos, sino en la parte exterior, y sobre las azoteas». También había una mención al personal en el Título XII, al hablar de Escuela, cuando se menciona a los «Preceptores».

El 11 de enero 1877 se designaron cargos de la nueva Penitenciaría de Buenos Aires, el mayor establecimiento penitenciario construido hasta el momento. La Legislatura de la Provincia de Buenos Aires sancionó una ley nombrando Gobernador de la misma a Enrique O'Gorman junto a otras autoridades. Unos meses después, el 22 de mayo de ese año, por decreto se nombró a los empleados de la Penitenciaría, con sus respectivas remuneraciones (6).

Ese año también se dictó un Reglamento Provisorio de la Penitenciaría. Dentro del estatuto, el orden de exposición arrancaba con disposiciones generales; en segundo lugar con el personal; en tercer título aparecen los presos; el cuarto es referido a trabajos; el quinto al servicio de seguridad de día y noche; el sexto es sobre servicio sanitario, higiene y alimentación; el séptimo sobre régimen religioso y moral, instrucción y biblioteca; el título octavo es acerca de soltura de condenados y defunciones. El estatuto finalizaba reglando cuestiones de higiene, vestuario e instrucción. Por decreto del 17 de mayo de 1893 se amplió este Reglamento, incorporando disposiciones sobre el funcionamiento de los talleres (7).

En referencia al personal de la Penitenciaría, en el artículo 7 y 8 del Reglamento se establecía que compete al gobernador del establecimiento nombrar empleados y destituirlos. El artículo 10 detallaba la planta de personal de la Penitenciaría: un Gobernador, un Intendente, un Secretario, un Auxiliar de Intendente, un Contador, un Auxiliar de

---

(6) *Memorias de la Penitenciaría Nacional del año 1894, con restropecto a partir de su creación en 1877*, Buenos Aires, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 1895, p. 48. Esta Memoria incluye informes previos elaborados por la institución desde su fundación.

(7) También hubo algunas modificaciones parciales a algunos artículos del Reglamento a lo largo de los años siguientes.

Contador, un Encargado de Instrucción Primaria y la Biblioteca, un Alcaide 1.º, un Alcaide 2.º, dos Subalcaldes, un Ecónomo 1.º, un Ecónomo 2.º, dos auxiliares de los mismos, un Médico, dos practicantes de la Botica, un Farmacéutico, un Capellán, un Maquinista 1.º, un Maquinista 2.º, dos encargados de los Talleres, dos Maestros para los mismos, dieciséis Celadores, treinta y dos Guardianes, dos Foguistas, un Gasista o Plomero, ocho Ordenanzas o Sirvientes, cuatro Cocineros, cuatro Panaderos, cuatro Lavaderos y un Conserje.

Del artículo 11 al 18 se definían algunas cuestiones inherentes al comportamiento de los empleados, en especial se limitaba el contacto con los presos –incluyendo a su familia–, se prohibía sacar provecho personal de su condición, se especificaba un control horario y se establecía cómo debían actuar los empleados con los presos mediante una conducta «firme pero digna, sin olvidar jamás los sentimientos de humanidad a que tienen derecho» (artículo 17).

En el capítulo referido al gobernador de la Penitenciaria, se disponía que todos los empleados le debían obediencia (artículo 18), que debía habitar en el establecimiento (artículo 19) y no tener otros empleos (artículo 21), y que contaba con múltiples atribuciones relacionadas, entre otras cuestiones, a la organización del servicio, la disciplina, el control del personal, la realización de obras en los talleres, el manejo del presupuesto, la administración de la unidad, la elevación de la Memoria y otros informes a las autoridades.

Luego el Reglamento especificaba las funciones y obligaciones de los otros miembros de la institución. El Intendente se encargaría fundamentalmente del servicio de talleres, la calidad y distribución de alimentos y llevar los libros de orden del día sobre sus funciones específicas, informes de empleados y materias primas ingresadas, así como de cumplir las misiones que el gobernador disponga (artículos 22 a 24). El Secretario tenía por función primordial legalizar disposiciones del Gobernador y llevar sus informes y archivo, redactar la memoria anual llevar un libro general con información de los condenados y un libro diario de oficina (artículo 25). Por su parte, el Alcaide Primero, principalmente, se debía encargar de la seguridad e higiene del establecimiento, llevar los libros de entrada y salida de presos, un parte diario de novedades para informar al Jefe del Establecimiento (artículos 26 a 33). Al Contador le correspondía llevar el movimiento de fondos y gastos, hacer un inventario de caja, llevar la contabilidad general y de los talleres (artículo 34). Por último, el Reglamento se refería a los empleados subalternos (guardianes, celadores, ordenanzas), quienes debían vivir en el establecimiento y se encargarían del aseo de los talleres y celdas, de las inspecciones de pertenencias y el

acompañamiento de los presos en sus salidas de las celdas, las diligencias. También se incluía un artículo específico acerca de la necesidad de cumplir con el Reglamento y de tratar a los detenidos sin violencia, «con humanidad, imparcialmente, sin familiaridad y poniendo en conocimiento de sus jefes inmediatos, para que estos den cuenta, de toda irregularidad o negligencia que notaren en ellos» (artículo 43).

Más allá de estos aspectos formales, en los inicios de la Penitenciaría, además de la aplicación del reglamento provisorio y las disposiciones de las órdenes del día, había ciertas normas consuetudinarias como, por ejemplo, dejar en cada celda dos impresos tendientes a organizar la vida del recluso: las «Reglas para el Preso», que incluían las sanciones disciplinarias, y la «Instrucción para el Arreglo de la Celda» con indicaciones sobre cómo debía ordenarse la misma.

La cuestión del personal penitenciario estuvo presente a lo largo de toda la historia de la Penitenciaría y esto se refleja en las propias memorias de la institución y en las del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública (8). Sin embargo, continuó vigente por muchos años reglamento «provisorio», algo que Antonio Ballvé, director de la Penitenciaría entre 1904 y 1909, intentó resolver. Tras su fallecimiento, lo propio procuró Rafael Súnico, subdirector de la Penitenciaría Nacional a cargo interinamente de la dirección del establecimiento, quien en 1910 presentó un proyecto de reglamento general con disposiciones sobre el personal. Allí había referencias a las prohibiciones que tenían los empleados en relación al vínculo con los reclusos y sus familias, el uso de licencias, etc. También establecía los deberes y atribuciones del Director, Subdirector, Secretario, Prosecretario, Alcaide, Subalcaide, Contador, Tesorero, Jefe de Depósitos, Ecónomo, Conserje, del Servicio Médico, Médicos de Sala, de Guardia, de los Médicos Internos, del Farmacéutico, del Dentista, del Laboratorio, de Cabo de Enfermeros e, incluso, de los enfermos. Asimismo, disponía las funciones del Instituto de Criminología (incluyendo las del Director y los Auxiliares), de la Escuela Penitenciaria (del Director, Vicedirector, Maestros y Profesores especiales, Maestro Secretario y Bibliotecario), del Servicio Religioso, del Patronato de Liberados, del Tribunal de

---

(8) Algunos ejemplos ilustran este interés y, por momentos, preocupación. Así, vemos en la Memoria de 1893, donde se destina un importante espacio a temas de administración y disciplina y se analizan cuestiones referidas al personal, tales como una rendición de informe de empleados y horarios (en Memoria 1894, *op. cit.*, pp. 192-194 y 354-357). En las Memorias de 1912-1913 también hay una rendición de cuentas de gastos que incluyen pormenorizadamente al personal y se publica una resolución que especifica funciones administrativas de cada sección, ver *Penitenciaría Nacional. Informe correspondiente al año 1913*, Buenos Aires, Talleres Tipográficos de la Penitenciaría Nacional, 1915, p. 26 y pp. 42 y ss.

Conducta, de los Maestros de los Talleres, de los Inspectores de Vigilancia, de los Celadores y Guardianes, de los Celadores Principales, del Servicio de Pabellón y del Celador de Patios. El Reglamento también incorporaba las obligaciones y disciplina de los reclusos, el empleo del día, su vestuario, el alimento, las visitas, la correspondencia y el peculio. Por último, había un capítulo sobre los recreos y un título especial dedicado a la Guardia Militar: obligaciones del Comandante del Destacamento e Instrucciones Generales para los Centinelas.

### 3. EL PROBLEMA DE LA GUARDIA EXTERNA DE LOS ESTABLECIMIENTOS

Como hemos repasado en el punto anterior, en la reglamentación de la Penitenciaría ya aparecían menciones a la organización interna y externa, como dos áreas diferentes dentro de la cárcel. La vigilancia externa del establecimiento fue un tema de permanente preocupación, con muchas idas y vueltas, en las que durante muchos años no predominó un criterio claro y uniforme sobre quienes debían ser los encargados de esa tarea.

Uno de los primeros impulsos para regularizar esta situación se produjo en el año 1879 cuando se solicitó la creación de un cuerpo armado destinado a los establecimientos carcelarios que se llamó «Batallón de Guardia de Cárceles», pero la iniciativa no llegó a concretarse. Unos años después, el 7 marzo 1896, se dispuso por Acuerdo de Ministros que el servicio de guardia de las cárceles correccionales y de la Penitenciaría estaría a cargo de Policía de la Capital, que lo haría por medio del cuerpo de bomberos. La medida se fundaba «en que hay que substituir el ejército hasta que se otorgue función a otra repartición que al efecto debe crearse» (9).

Asimismo, en las Memorias de la Penitenciaría Nacional del año 1896 también se daba cuenta de la preocupación por la seguridad del establecimiento. Se repasaban las mejoras hechas en ese aspecto, aumentando las puertas de fierro de los pabellones y mejorando el rol de los empleados en estas tareas, sin olvidar a la guardia militar instalada en la entrada y salida del lugar. También se ponía de manifiesto la

---

(9) Citado en GARCÍA BASALO, J. C., «Medallística Penitenciaría (IV)», en *Nueva Vida*, Periódico cuatrimestral de la Asociación de Mutual Jefes y Oficiales Retirados del Cuerpo Penitenciario de la Nación (AJORP), año I, N.º 3, 1974, p. 19 (nota al pie).

oposición a la idea de crear un cuerpo especial de vigilancia, especialmente por la relación que se generaría entre vigilantes y reos, lo cual fomentaría un vínculo entre ellos y la consiguiente relajación en la tarea de seguridad, pero también por el particular estatus de esta fuerza que no sería precisamente militar sino encargada de una tarea muy diferente. El documento se refería especialmente a la vigilancia interna de los pabellones que debía recaer en personas no tan jóvenes (entre 22 y 45 años) pero con buena salud y con carácter a fin de «gobernar criminales».

En el año 1906 se produjo un acontecimiento de gran relevancia en el ámbito penitenciario que tendrá su correlato en el conocimiento de la situación del personal: la realización del Primer Censo Carcelario Nacional (10). Dentro del extenso cuestionario utilizado para el relevamiento de todas las unidades del país, se incluyeron –en la pregunta 9– los siguientes aspectos: Custodia y Vigilancia de la Cárcel: ¿Cómo se hace? ¿Con cuánta fuerza y de qué cuerpo o repartición? Del relevamiento surge que cada establecimiento provincial tenía su propia solución por medio de tropas del ejército, miembros del Cuerpo de Bomberos, «cuerpo de vigilantes» o «guardias de cárceles», agentes de policía y, en algunas cárceles de mujeres, o bien «no hay custodia» (Jujuy y San Juan) o la seguridad estaba a cargo «de las propias religiosas» (Capital Federal) o «por las religiosas y un ordenanza» (Río IV). Es de notar que en todos los establecimientos para varones bajo la jurisdicción nacional la seguridad estaba a cargo de tropas del ejército, excepto en el de General Acha (Territorio Nacional de la Pampa Central (11)), donde «el cuidado y custodia del Establecimiento es prestado por un piquete de “Policía de seguridad” que en número de 30 hombres es mandado de Santa Rosa» (12).

A los pocos años, el 24 de octubre de 1909 se inauguró el «Cuartel de la Guardia de Seguridad» en la calle Pasco 2113 de la Ciudad de Buenos Aires, que estuvo a cargo de efectivos policiales, de bomberos o de tropas del ejército de línea. Esta fluctuación de fuerzas no estaba exenta de problemas y tensiones. En ese sentido, por ejemplo, el Ministerio de Guerra había pedido ese mismo mes que le devolvieran

---

(10) Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, *Resultados del Primer Censo Carcelario de la República Argentina levantado el 31 de diciembre de 1906*, Buenos Aires, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, 1909.

(11) Además de los estados provinciales, que constituyeron la nación bajo un régimen federal, en Argentina existieron «territorios nacionales» entre 1862 y 1985, que eran territorios bajo la jurisdicción directa del estado nacional. Progresivamente, se fueron constituyendo en provincias.

(12) Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, pp. 168-169.

las tropas que estaban en la Penitenciaría Nacional y en la Cárcel de Encausados, relevándolas por bomberos (13).

Téngase en cuenta que, de acuerdo a García Basalo, las primeras normas que se conocen específicamente referidas a una guardia armada de las cárceles nacionales son las que constan en el Reglamento de la Prisión Nacional, aprobado por decreto el 10 de septiembre de 1909. Ese precedente es el que se toma en el Reglamento de la Guardia de Seguridad para la Cárcel de Tierra del Fuego, dictado el 1.º de diciembre de 1910 mediante un decreto firmado por el Presidente Sáenz Peña. Este Reglamento fue elaborado por el Inspector General de Justicia y contó con observaciones del Ministerio de Guerra. Allí se disponía que la guardia la prestara un destacamento militar, disponiendo centinelas en el interior y exterior, siempre bajo la autoridad del director del establecimiento.

#### 4. ACONTECIMIENTOS PRECIPITANTES, CREACIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL CUERPO DE GUARDIAS. UN SEGUIMIENTO DESDE LA PRENSA

Como puede verse, la inquietud por la creación de un cuerpo especializado para la guardia de los establecimientos penitenciarios se venía desarrollando desde hacía tiempo, pero no se concretaba solución definitiva alguna. Sin embargo, una serie de hechos impactantes producidos en establecimientos nacionales empujaría las decisiones al respecto. La fuga de internos, la muerte de algunos presos en actos de «sublevación» e, incluso, el asesinato de un sargento que participó de la represión de uno de estos eventos, tuvieron una importante cobertura en varios diarios. Esos hechos de gran impacto social, favorecido, reflejado y ampliado por su repercusión periodística, fueron factores que incidieron de modo directo en la creación del «Cuerpo de Guardia de Cárceles».

Tomando como base una amplia selección de noticias extraídas de diferentes diarios, realizaremos un repaso por lo sucedido en un breve período de tiempo rico en acontecimientos penitenciarios. Además de mencionar algunas medidas de gobierno, puntualizaremos en una selección de referencias específicas obtenidas de fuentes periodísticas (14).

---

(13) GARCÍA BASALO, 1974, *op. cit.*, p. 17.

(14) Para la contextualización y análisis de la fuente periodística en el período, ver: DE MARCO, M. A., *Historia del periodismo argentino: desde los orígenes hasta*

A finales de diciembre de 1910 ocurrió un episodio sangriento en la Prisión Nacional: la violenta acción represiva de los guardias ante una manifestación de reclamos de los internos terminó con cinco reclusos muertos y siete heridos, algunos de gravedad. Este suceso no solamente fue tratado por los medios de prensa nacionales más populares, sino también por otras publicaciones de contenido político y sindical. Así, el periódico *La Acción Obrera* (15), bajo el título «Crimen burgués», informaba que en la cárcel de encausados se había producido un «drama horrendo que llena el alma de indignación incontenible». Así, informaban que «los encargados de la cárcel han asesinado a cinco presos y herido a siete, casi todos de gravedad». Agregaban: «Terrible momento para esos desgraciados, seres inermes, encerrados entre rejas, entregados a los instintos criminales de los encargados de velar por la seguridad de nuestra burguesía». Y finalizaba: «Nosotros no pedimos el cambio del personal, pues no queremos ocupar sus vacantes ni tenemos para recomendar a nadie. Si pudiéramos actuaríamos la demolición de ese antro de martirio» (16).

El 6 enero 1911 se produjo la impactante evasión de trece internos de la Penitenciaría Nacional, provocando una amplia reacción en la opinión pública reflejada en la prensa. Este acontecimiento –y su gran repercusión– provocaron la rápida inclusión del tema de la guardia de la Penitenciaría en la agenda política, máxime cuando pocos días después, el 11 de enero, se produjo un nuevo hecho de violencia: un sargento dio muerte a un interno en la Prisión Nacional en un episodio caracterizado oficialmente como «sublevación».

Respecto de la fuga, el diario *La Nación* (17) del 7 enero de 1911 destacaba a triple columna, en el centro de la página y desde el margen superior hasta el inferior, la noticia de la fuga bajo el título: «Una evasión importante. En la Penitenciaría Nacional. Resultados de una confabulación de anarquistas». La nota estaba ilustrada con fotos de los trece reclusos que escaparon de la prisión. El diario afirmaba que

---

*el centenario de Mayo*, Buenos Aires, Educa, 2006; REY, A., «Periodismo y periodistas anarquistas en Buenos Aires a comienzos del Siglo XX», *Improntas* (4), e012, 2017, <https://doi.org/10.24215/24690457e012> (consultado 14 enero 2020); ROJKIND, I., «El gobierno de la calle. Diarios, movilizaciones y política en el Buenos Aires del novecientos», *Secuencia*, n. 84, septiembre-diciembre 2012, pp. 97-123.

(15) *La Acción Obrera*, autoproclamado el «Diario sindicalista de la mañana» y posteriormente «Semanao sindicalista revolucionario», fue órgano de la Confederación Obrera Regional Argentina. Se publicó en Buenos Aires entre 1910 y 1916.

(16) *La Acción Obrera*, 24 de diciembre de 1910, p. 1.

(17) *La Nación* es un diario matutino argentino que se publica desde 1870 en Buenos Aires, pero que alcanza circulación nacional. De orientación liberal, fue fundado por Bartolomé Mitre, presidente de la República entre 1862-1868.

la crónica penitenciaria no registra un hecho de tamaña dimensión como el ocurrido en la víspera. Destacaba que, felizmente, la importancia de la noticia no estribaba en sangre derramada, como en otros intentos similares previos. La relevancia se fundaba en «la categoría de los criminales prófugos, la confabulación interna y externa con que han contado y el concurso que, según parece, les han prestado los centinelas». Según se da cuenta en la nota, la evasión se había producido alrededor de las 13.30 horas por medio de un túnel en el jardín que atravesaba las murallas. Según declaraciones, la guardia de la muralla desoyó los gritos de alerta de un testigo que advirtió la fuga y llamó al centinela, que dio media vuelta alejándose de la zona. También se consignaba en la noticia que, entre los evadidos, se encontraban dos importantes anarquistas que atentaron contra la vida de los presidentes Quintana y Figueroa Alcorta (18).

En otra página del mismo diario se trataba el problema de los conscriptos y la custodia de cárceles. Una nota sostenía la presunción de que la responsabilidad por la fuga era de los centinelas, muy posiblemente «una muy posible afinidad de tendencias entre presos y custodias». Ampliaban: «El actual régimen de vigilancia de los establecimientos penales adolece de un defecto fundamental, grave y no desconocido, por cierto, a pesar de lo cual subsiste sin que se haya señalado una sola medida tendiente a extirparlo: es el empleo de las fuerzas del ejército, utilizadas en una función que no les es propia». Esto implicaba, a criterio del diario, desvirtuar el servicio militar que no correspondía al ejército pero, además «van a la conscripción hombres buenos y hombres malos». Por último se concluía que «La custodia de los penados debe estar a cargo de cuerpos especiales, formados teniendo en vista la índole de las funciones que han de desempeñar» (19).

Al día siguiente, el diario publicó bajo el título «Regímenes penitenciarios. Margaritas a los puercos», una nota criticando la excesiva benevolencia en el trato con condenados: «Desde el punto de vista de la filantropía estricta, quizá sean justificadas esas compensaciones que se dan a la perdida libertad (...) resulta excesiva tanta preocupación por las comodidades de los criminales» (20). La nota advertía que no debía perderse la experiencia de la fuga, de modo que los funcionarios penitenciarios «fueran más parcios de sus bondades para con los reos. No necesitan tratarlos mal sin motivo. Basta que procuren que nunca pierdan la noción de que está sufriendo un castigo». En la página 10 de la misma edición, como eco de la evasión, el diario

---

(18) *La Nación*, 7 de enero de 1911, p. 11.

(19) *La Nación*, 7 de enero de 1911, p. 9.

(20) *La Nación*, 8 de enero de 1911, p. 8.



comentaba informaciones sobre el hecho y las investigaciones, acompañando la nota con fotos, incluyendo una del túnel por el cual fugaron los reclusos.

Días después, el mismo diario daba cuenta de la concurrencia de Súnico a la Casa de Gobierno donde expuso su informe sobre el hecho, la investigación que se estaba realizando, la hora de la fuga, los preparativos, condiciones del túnel y demás detalles (21). El director de la Penitenciaría, describiendo crudamente el crítico estado de situación, procuró defender su actuación explicando que había solicitado muchas veces cambios en el sistema, fundamentalmente referidos a orden, disciplina y seguridad, pero que dado que ejercía el cargo interinamente, las autoridades decidieron aguardar el nombramiento de un nuevo director para su implementación. Explicó que, al ver prolongarse su gestión, encaró la redacción de un nuevo reglamento y lo presentó al Ministro Naón. En el informe también afirmaba que se podía suponer que la evasión fue fruto de un plan diseñado y ejecutado por elementos que actuaron desde el exterior e interior del establecimiento para liberar a Planas y Regis, autores de fallidos atentados contra los presidentes Quintana y Figueroa Alcorta, «facilitándose, quizá, una constante comunicación con esto, por alguno de los condenados a la pena de prisión, cuya correspondencia, como V. E. lo sabe, la tienen completamente libre por disposiciones en vigor. Debo recordar aquí que en el año ppdo. (sic) pedí a ese ministerio se autorizara a la dirección para tener sobre aquella correspondencia una completa intervención». Esta cuestión reavivaba la demanda repetida sobre la necesidad de separación entre procesados y condenados, dada la diversidad de régimen de ambas poblaciones, aquí manifiesto en la privacidad de la correspondencia. Como se verá más adelante, esto culminará con una modificación al reglamento vigente.

Además, el informe avanzaba sospechando de la «connivencia de algunos elementos que componen el efectivo de la guardia militar perteneciente al regimiento 1.º de infantería, cuya composición, según propias palabras del teniente don Ismael Gordillo es de lo peor que se pueda imaginar». Súnico señaló que se trataba del mismo cuerpo que trabaja en la Prisión Nacional, «y V. E. conoce la participación que se les atribuye en la introducción de armas y bebidas alcohólicas en aquel establecimiento».

En el informe se especificaba que la población de la Penitenciaría había oscilado durante el año último alrededor de 950 individuos y que para vigilar ese enorme grupo, solo disponía de 75 hombres. Se

---

(21) *La Nación*, 10 de enero de 1911, pp. 8 y 9.

aclaraba que la custodia se realizaba por turnos y con paga exigua. Además, esos agentes no eran «suficientemente aptos para concurrir a la regenera (sic) del delincuente y a la eficacia de la acción directiva». Por otra parte, se hacía referencia a que solía haber falta de concordancia entre órdenes militares y las del director. Finalmente, realiza su propuesta: «Una guardia formada por personal civil a las exclusivas órdenes del director del establecimiento penal y con las prerrogativas que acuerdan las leyes militares para los centinelas, salvarían los inconvenientes que ligeramente he esbozado».

El diario *La Nación* continuó ocupándose del tema casi a diario. El 12 de enero, por ejemplo, se mencionaba nuevamente el sumario iniciado y se describían las fallas de sistema de guardia (p. 8); y el 14 de enero se dio cuenta de la aprensión de uno de los fugados (p. 8).

La repercusión periodística de esta evasión fue muy amplia, lo cual se observa en otras publicaciones de variadas perspectivas. Así, en el mencionado *La Acción Obrera*, se publicaba la noticia del hecho, pero desde una visión completamente distinta: «Días pasados la prensa burguesa en general nos trajo la noticia de la evasión realizada por trece presos en la penitenciaría nacional. Entre ellos se cuentan Planas y Virella y Solano Regis, autores de dos atentados frustrados contra los ex tiranos del proletariado argentino, Quintana y Alcorta». También se daban detalles de cómo se produjo «fácilmente» la evasión que era considerada «un triunfo de la libertad contra la opresión». Asimismo, se aludía a las muertes de presos de diciembre del año anterior, masacre realizada contra presos que reclamaban mayores miramientos ordenada por «superiores que superan por sus instintos salvajes a los que ellos consideran asesinos». Y para finalizar remataban: «Consecuentes con nuestros anhelos de libertad (...) el hecho lo conmemoramos con un ¡hurra! a los fugitivos» (22).

Como adelantáramos, la respuesta oficial ante el acontecimiento y su repercusión fue inmediata, tal como se manifiesta en la creación del Cuerpo de Guardias de Cárcels a través del decreto del 14 de enero de 1911, firmado por el Roque Presidente Sáenz Peña. De esa manera se dispuso la conformación de un cuerpo especial de 600 plazas «con su correspondiente dotación de jefes, oficiales y clases, para la vigilancia de los establecimientos carcelarios de la nación» (artículo 1). Si bien se dispuso que el Cuerpo dependiera del Ministerio de Justicia e Instrucción Pública, los Ministerios del Interior y Guerra debían «facilitar los elementos que fuesen necesarios para su inmediato reclutamiento y organización» (artículo 2).

---

(22) *La Acción Obrera*, 14 de enero de 1911, p. 1.

Los considerandos de la norma refieren que los servicios de custodia en las cárceles y presidios son ajenos a lo comprendido en la ley 4.707 (ley que regía la instrucción militar), por lo que no correspondía que se le continuara imponiendo esa función al «militar ciudadano» conscripto. Recordemos que por entonces la custodia de las cárceles de jurisdicción nacional las realizaba el ejército, fundamentalmente con ciudadanos que hacían la instrucción militar, algo que despertó muchas quejas en distintos ámbitos. También se estableció que la índole de dichos servicios de custodia requería un personal propio y estable, con la preparación necesaria para cumplir con eficacia esa labor. Por último, en los considerandos se mencionaba que no era posible aplazar la medida hasta la apertura del Congreso. Así, algo que venía posponiéndose reiteradamente, de pronto cobró urgencia impostergradable.

La creación del Cuerpo de Guardias tuvo una rápida repercusión en la prensa. En un valioso dossier de recorte de noticias gráficas elaborado por el Archivo Histórico del Servicio Penitenciario Federal hay un recorrido por varios periódicos que se ocuparon de esta novedad (23). Así, aparece una entrevista en el diario *Sarmiento* del 19 de enero al coronel retirado Rómulo Páez, quien estaría a cargo del Cuerpo. En ella, Páez decía asumir por tiempo breve y que la propuesta de su nombre provino del Ministro de Guerra, General Vélez. Sostenía, además, que para los sueldos se tomaban como base los de los bomberos, «creyéndose que así se podrá seleccionar un personal honesto y competente». Aclaraba también que, además de militares retirados, para la oficialidad se podía nombrar a algunos particulares.

Ese mismo día 19 sale una noticia en *Última Hora*, dando cuenta de la designación de Páez en el Cuerpo: «un organismo de esta clase requiere, a la par de una severa disciplina, un espíritu de educación especial que lo asimile perfectamente a las necesidades del establecimiento, sin prejuicios ni distingos de los que suelen pagarse los hombres de armas». Se explicaba que el decreto afirmaba que el nuevo cuerpo se ajustaría al régimen civil de los establecimientos penales que serían los que darían la norma de los procedimientos a seguir dentro de sus muros. De esta manera, se expresaba que se acabaría el etiqueteo y la potencia á potencia entre las autoridades directivas y las

---

(23) Parte de las notas periodísticas utilizadas como fuentes en esta sección provienen de este dossier gentilmente provisto por el Archivo Histórico del Servicio Penitenciario Federal y Museo Penitenciario «Antonio Ballvé». Algunos de estos artículos pertenecen a periódicos locales y de escasa difusión cuya individualización resulta hoy incierta. En el dossier no figura la referencia de algunas de las páginas seleccionadas, de modo que no es posible exponer esas citas de forma completa.

militares», conflictos mencionados por otras fuentes periodísticas. El artículo lamentaba que todavía no hubiera un plan con los requisitos necesarios para la selección del personal y se mencionaba el problema con la revisión de la correspondencia, pues los penados tenían prescritos los derechos civiles. Más allá de esta discusión, concluían que con reforzamiento de guardia y separación entre penados y condenados se solucionarían esos problemas.

También el 19 de enero, *La Nación*, además de dar cuenta de un recluso recapturado (p. 10), informaba bajo el título «Cuerpo de Guardia de Cárceles. Su organización» (p. 11), sobre el proyecto de creación del Cuerpo a través del decreto firmado días previos, «aplaudido en sus propósitos toda vez que viene a quitar a una parte del ejército funciones por completo ajenas a su misión». Se especificaba que ese órgano no debiera ser ni puramente militar ni policial y que el Ministro del Interior pretendía que sea de «organización militar pero con funciones puramente policiales». Agregaba la nota que su propósito era que sea un cuerpo de gendarmería de 1500 hombres y que el Congreso lo estableciera por ley al iniciar sus sesiones.

Unos días después, el 21 de enero, también hay artículos en *La Unión* en que se atribuía la creación del cuerpo de guardias a la fuga de 13 presos y se sostenía que era un contrasentido que ciudadanos haciendo el servicio militar estuviesen custodiando cárceles. Asimismo, en *La Argentina* (24) del día siguiente se afirmaba que la creación del cuerpo se debía a «las necesidades que los últimos sucesos de la Penitenciaría Nacional se han encargado de evidenciar». Allí también se reproducían declaraciones de Páez afirmando que: «conceptúo que si bien debe su forma tener una parte de preparación de carácter militar, no lo debe ser en un todo, pues la índole de sus obligaciones difieren en mucho de las impuestas al ejército» (25). También resaltaba que el personal se buscaría en la zona de Buenos Aires, y solamente de ser necesario, se recurriría a las provincias. Enfatizaba que serían admitidos quienes tuvieran «carácter» y «honorabilidad». Otra cuestión a aludida por Páez, y que luego trajo cierta polémica, fue la de los sueldos, que serían análogos a los de tropa de línea: «siempre es una garantía el pagar bien al personal, para poder disponer del elemento deseado».

---

(24) Diario que se publicaba en Buenos Aires desde 1901.

(25) El reportero pregunta a Páez si el arma de la guardia continuará siendo el máuser. A lo que el coronel responde: «Considero que no es esta el arma apropiada, pues ella es la indicada para el combate y los soldados del guardia de cárceles no están en ese caso. Les bastará tan solo utilizar aquella que les permita alcanzar hasta una distancia de 200 metros».

Por aquellos días también se dispusieron nuevas prescripciones reglamentarias para los detenidos y para los condenados a prisión. Así, un decreto del 30 de enero de 1911 firmado por el Presidente Sáenz Peña y el Ministro Garro, presentaba algunas disposiciones a raíz de la evasión ocurrida en la Penitenciaría Nacional. Se utilizó como base un Informe realizado por la Inspección General de Justicia a fin de tomar medidas de orden interno para la custodia de los reclusos. Apuntaba a limitar las «franquicias y privilegios» de los condenados, básicamente las referidas a correspondencia y visitas, que perjudicaban la disciplina y seguridad del lugar. En particular, se mencionaba al decreto de fecha 25 de septiembre de 1905 que presentaba una «incongruencia» con el reglamento más severo de la Prisión Nacional. También se mencionaba un pedido de aumento de personal penitenciario. En definitiva, se derogaban los artículos 14 y 15 del reglamento de presos condenados a prisión aprobado por la Penitenciaría Nacional por decreto del 25 de septiembre de 1905 y se disponía que, en lo referente a correspondencia y recepción de visitas, los detenidos de dicha Penitenciaría estarían sujetos a las prescripciones del Reglamento de la Prisión Nacional.

Continuando con la repercusión en la prensa, el diario *La Nación* del 31 enero informaba que el Poder Ejecutivo había dictado un decreto procediendo a la organización del cuerpo de guardia de cárceles bajo la jefatura del coronel retirado Rómulo Páez y, como su segundo, el comandante retirado Pedro Suárez. También decían que se fijaban sueldos para todos los cargos y que el cuerpo atendería también la colonia de menores de Marcos Paz (p. 9).

En *La Prensa* (26), el día 9 febrero 1911, se publicaba que el Ministro de Justicia Garro destinaba por un año para cuartel del nuevo cuerpo, una casa ubicada en la calle Güemes entre Salguero y Vidt, en cercanías de la Penitenciaría, «la cual estaba ocupada últimamente por una escuela y reúne las comodidades para el fin que se la destina». Ese mismo día, *La Nación* difundía que la presidencia del Consejo de Educación había dispuesto el desalojo de un local del ejército sito en Cabildo y Chacarita, que se utilizaba como depósito de materiales de aquella dependencia, a fin de proceder a la instalación provisoria del cuerpo de guardia.

La veloz creación del Cuerpo de Guardia, aunque haya sido una demanda de gran parte de la prensa y de especialistas en el tema, tam-

---

(26) *La Prensa* es un diario de la ciudad de Buenos Aires, fundado en 1869 por José C. Paz, estanciero y político representante de la Generación del Ochenta. Su línea editorial representó las ideas del liberalismo y del conservadurismo y fue uno de los más importantes medios de prensa del país durante la primera mitad del siglo XX.

bién trajo aparejado una serie de conflictos que se manifestaron rápidamente. En ese sentido, el diario *La Prensa* del 11 febrero, por ejemplo, mencionaba que se habían ocasionado trastornos en el ejército porque los integrantes del Cuerpo de Guardia tenían beneficios mayores, mejores sueldos y menos obligaciones. Se temía que muchos miembros del ejército se pasarían al nuevo cuerpo, al igual que también podía ocurrir con policías y bomberos.

Pero, sumados a los hechos de diciembre del año anterior y a la gran evasión de enero, nuevos acontecimientos se iban a suceder en cárceles nacionales instaladas en la ciudad de Buenos Aires, que también tendrán su repercusión mediática. Así, el 10 de febrero 1911, se produce en la Prisión Nacional la muerte de un preso uruguayo denominado Esteves Coronel (el diario *La Nación* menciona numerosos nombres). El autor del homicidio había sido el Sargento Felipe Álvarez, quien fue asesinado por un preso unos días después en el mismo establecimiento. De forma crítica, se sostenía en el diario *La Nación* que el sargento debió ser separado del servicio ya que era lógico suponer que los compañeros del muerto quisieran vengarse, lo que ponía de manifiesto la falta de previsión en autoridades, que no tomaron tal medida.

Pero, más allá de la cobertura de este hecho puntual, la conformación del Cuerpo de Vigilantes continuaba ocupando un lugar destacado en la prensa escrita. En ese sentido, el 14 de febrero *La Nación* publicaba que en varias provincias se estaba contratando gente, sobre todo en Córdoba, en donde se tenían ya más de cien inscriptos, y que había un decidido empeño en que la organización del Cuerpo de Guardia de Cárceles se hiciera a la mayor brevedad posible, «tanto más cuanto que así lo reclaman los hechos sangrientos de que vienen siendo teatro los mismos establecimientos penitenciarios».

Por su parte, en una nota de *El Diario* (27) del 14 de febrero se atribuía la creación del cuerpo al «drama desarrollado en la prisión nacional» y a la declaración del Ministro de Guerra afirmando que el ejército no podía mantener destacamentos carcelarios. También refería el artículo que mientras se creaba el nuevo cuerpo, el Ministro de Justicia e Instrucción Pública manifestaba que los bomberos harían ese servicio de custodia, preguntándose el periódico «¿Por qué, desde luego, no se agregan quinientas plazas al batallón de bomberos y se le confía la custodia carcelaria?». Y daba sus razones explicando que los bomberos son un cuerpo hecho, disciplinado, respetado, querido, que

---

(27) *El Diario* surgió a comienzos de la década de 1880 como el vocero de un sector rival del Presidente Julio Roca dentro del Partido Autonomista Nacional.

podía hacer los relevos periódicos necesarios para evitar familiaridad con los presos.

El mismo 14 de febrero se aprobaron los nombramientos propuestos por el Jefe del Cuerpo de Guardia de Cárceles. En total se incorporaron 43 personas a la nueva fuerza. Se dispuso oficialmente que el Jefe del Cuerpo fuera el coronel retirado Rómulo Páez, y como segundo jefe el teniente coronel retirado Pedro Suárez. Las autoridades tendrían, entre otras funciones, la facultad de proponer el nombramiento de mayores y oficiales, dictar los reglamentos que debería aprobar el Ministro de Justicia e Instrucción Pública y nombrar cabos y sargentos. El decreto también disponía los sueldos del personal de acuerdo al rango: Coronel Jefe, Teniente Coronel Segundo, Mayor, Capitán, Teniente 1.º, Teniente, Subteniente, Sargento 1.º, Sargento 2.º, Cabo 1.º, Cabo 2.º y Soldado. Se manifiesta así un inconfundible perfil militarizado del cuerpo dedicado a la custodia de los establecimientos penitenciarios nacionales.

El coronel Páez, retirado de la carrera militar, tenía una reconocida trayectoria. Según explicaban diversos artículos de prensa, formó un cuerpo de 600 plazas con la colaboración de los ministros de Justicia, Guerra e Interior. Los jefes y oficiales nombrados eran militares de línea retirados y en total se formarían 6 compañías de 100 o 4 de 150 hombres cada una con su dotación de oficiales y clases, en forma análoga a la organización táctica de infantería. Este cuerpo custodiaría los establecimientos penales de la Capital Federal en turnos de 24 horas durante el año 1911 y, a partir de 1912, se incluirá el trabajo en cárceles de los territorios nacionales. Asimismo, la tropa recibirá «educación especial» sobre servicio y régimen carcelario.

En *La Argentina* del 19 de febrero se destacaban declaraciones del jefe del ejército quien afirmaba que la medida adoptada era muy plausible: «se quita de los establecimientos carcelarios a los jóvenes conscriptos que son llamados a las filas con un objeto muy diferente, y el aprendizaje gana también con ello, desde el momento que desaparece la pérdida de tiempo, ocasionada por esos destacamentos que debían cumplir». El jefe del ejército también enunciaba algunas críticas, por ejemplo, sostenía que «se procedió con poco acierto en la provisión de algunos cargos», refiriéndose a los oficiales que integrarían el nuevo cuerpo, ya que los cargos no se asignaron equitativamente, beneficiando a personas que no reunían las condiciones requeridas, «no sabemos en virtud de qué inexplicables motivos». También sostenía que se necesitaban personas que hayan vivido una vida de disciplina severa y rígida, porque de otra manera fracasarán, pues no pueden improvisarse para esos servicios. Otro punto que critica es la remune-

ración de 800 \$ para conducir el cuerpo, que tiene «solamente» 600 plazas.

En relación a los problemas que estaba provocando la conformación del nuevo cuerpo, en *La Argentina* del 4 de marzo se mencionan inconvenientes y deficiencias en su organización. Informaban que se habían empezado a producir numerosas bajas, más de treinta, y que los soldados se quejaban por malos tratos y por tener que realizar tareas ajenas a su cometido.

Al día siguiente, en *La Voz del Sur*, aparece una nota muy elogiosa acerca del Cuerpo que explicaba que «... el número de 600 plazas ha quedado cubierto enseguida y éste, si hubiera sido el caso, habría podido llegar a 2000 plazas, tal era la afluencia de voluntarios ofrecimientos de personal». También daba cuenta que la selección del personal fue «escrupulosa», buscando «elementos sanos, física y moralmente considerados». En relación al uniforme, decía que «no puede ser de mejor gusto, por lo serio y sencillo y en ello han demostrado los jefes del citado cuerpo, un refinado gusto estético».

En contraste con este apoyo, en *El Diario*, del 6 de marzo se sostenía que «el personal administrativo de las cárceles de los territorios nacionales, que venían gestionando no sin razón un aumento de sus exiguos sueldos ha visto con asombro los sueldos asignados al flamante guardia de cárceles (...) baste decir que los gobernadores de las mencionadas cárceles gozan del estipendio asignado a los sargentos del ampuloso cuerpo carcelario!». El periódico, de esta manera, llamaba la atención sobre «tan interesante fenómeno de desigualdad administrativa».

En esa línea crítica, *La Argentina* volvía el 7 de marzo a cuestionar al nuevo cuerpo, pero esta vez a través de una carta de lectores no firmada. Allí se denunciaba que faltaba una correcta formación en los soldados del cuerpo en lo referente a deberes y militarismo. También denunciaba favoritismo en la designación de los oficiales: «cada jefe tiene allí algún miembro de la familia». A su vez decía que había problemas con el personal que dejó el ejército hace muchos años y se los consideraba con mayor antigüedad que a los que estuvieron hasta hace poco tiempo en las filas. Además, refería que el local en que se alojaban era muy reducido y sin agua. El 10 de marzo, sin embargo, se publicó una nota en que se aclaraba que se estaba trabajando activamente en la formación del cuerpo de guardia, con escrupulosa selección de personal con condiciones.

A medida que se acercaba la fecha de inauguración formal del cuerpo, las noticias relacionadas con este suceso continuaban ocupando espacio en la prensa escrita. El día 10 de marzo, en particular,



varios periódicos daban cuenta del tema. Así, en *La Mañana* (28) se informaba que en los próximos días el presidente inauguraría el cuartel del nuevo cuerpo, en la calle Güemes 4343, junto a los ministros de Justicia e Instrucción Pública, doctor Garro, y de Guerra, el General Vélez: «Se nos adelanta que los jefes, clases e individuos que lo componen, son todas personas inteligentes y cultas, que a su objeto de rigurosa vigilancia unen propósitos de educación de penados y detenidos, con los que habrán de rozarse en cumplimiento de su deber». También ese día, *El Diario Español* (29) publicaba que el Arsenal de Guerra haría una entrega de 600 mauser modelo argentino para el cuerpo de guardia. La tropa ya contaba con los uniformes y se encontraba, según la nota, «en un excelente pie de organización y disciplina». También se informaba que en mayo se ampliaría hasta un total de 1500 o 2000 hombres para prestar servicio en cárceles de los territorios nacionales. *El Nacional* también ese día publicó una nota que decía que el Cuerpo sería integrado por 600 hombres para todos los establecimientos de la capital, pero para abarcar los de territorios nacionales se debía llevar la dotación a 1500 hombres aproximadamente. En relación a los integrantes de la nueva fuerza, destacaba que «el elemento de que se compone el cuerpo ha sido escrupulosamente seleccionado, exigiéndose a todos los postulantes su cédula de identidad personal expedida por la policía, rechazándose en absoluto todos los que por cualquier causa no podían presentarse depurados de toda sombra o de la más leve sospecha de deshonestidad. Se les exigía también su papeleta si el pretendiente era ciudadano legal, sus bajas en forma si habían pertenecido al ejército y sus documentos de justificación, pasaporte, etc., si era extranjero».

Finalizaba el artículo aclarando que la mayoría de los integrantes eran retirados del ejército con conocimientos militares y buen espíritu de disciplina: «la oficialidad también es, en su mayoría, retirada del ejército nacional y, por consiguiente, selecta.»

También el 10 de marzo, pero continuando con su perspectiva más crítica, *El Diario*, sostenía que «cuando el gobierno proyectó la creación de este cuerpo, manifestamos que, no solamente se cometía un error, sino que ese error iba a pesar muy seriamente sobre el tesoro».

---

(28) *La Mañana* fue un periódico que se publicó entre 1911 y 1919. Su fundador y primer director fue Francisco Uriburu (hijo), perteneciente a una influyente familia oriunda de Salta.

(29) *El Diario Español* comenzó a publicarse en 1905, continuando la labor de *El Correo Español* que dejó de salir ese año. *El Diario Español* fue referente indiscutido de la prensa española en Buenos Aires hasta que dejó de publicarse en 1946. Entre 1905 y 1923 su director fue Justo López de Gomara, quien había dirigido *El Correo Español* durante la década de 1880-1890.

Calificaban al cuerpo, con su oficialidad y hasta banda de música, como una «frondosidad peligrosa para el erario», máxime cuando «se poda hasta en el presupuesto de la educación primaria». El artículo esperaba que el Congreso, al iniciar sus sesiones, pudiera corregir eso.

Desde otra perspectiva, en el periódico *La Mañana* del 12 de marzo se publicaba una extensa nota que incluía fotos y entrevistas. Describía al cuerpo con equivalencias a los batallones militares, con dos divisiones, cada una al mando de un mayor, y cada división formada por tres compañías, cada una bajo el mando de un teniente. Al hablar de la vida en el cuartel, la nota afirmaba que el «régimen militar, muy suavizado ciertamente por el que rige allí la vida, es semejante al del ejército con sus faginas, dianas, instrucciones y labores.

Pero todo se hace tranquilamente, sin violencias ni arrebatos». Así, remarcaba que allí reina un clima de armonía, respeto y educación: «La tropa (...) está satisfechísima del tratamiento, y realiza grandes progresos en la instrucción. Bien instalada, mejor alimentada, bien vestida y en las mejores condiciones económicas, sólo procura responder a esos beneficios con una dedicación encantadora a sus obligaciones». En la entrevista a Paéz, el coronel aseguraba que no había un solo individuo con malos antecedentes y que todos habían sido instruidos de la mejor manera. Sólo faltaba que el arsenal entregase el armamento para que «los pocos que no saben aprendan a manejar el fusil y después de unos días de ejercicio de tiro podremos decir orgullosamente: el cuerpo de guardias de cárceles es apto para servir al país y está preparado para desempeñar la misión que le ha confiado la sociedad, cerca de los enemigos de su orden, de su hacienda y de su vida, que se albergan en los establecimientos penitenciarios de cuya seguridad responderá este cuerpo de aquí a poco...». También había una breve entrevista a un soldado que manifestaba su conformidad con todo y mostraba una total disposición a trabajar y comenzar la tarea cuanto antes.

El entusiasmo que trasmitía gran parte de la prensa por el nuevo cuerpo de vigilantes se vio empañado por un dramático hecho en el que se vieron involucrados algunos guardias de cárceles. El diario *La Razón* (30) del 13 de marzo, bajo el título «Delincuencia de los bajos fondos. Escena de salvajismo. La fraternidad en el crimen», informaba que tres guardias de cárceles borrachos forzaron a una joven, la subieron a un vehículo y al bajarse en Palermo fueron vistos por dos agentes de seguridad, que fueron invitados a sumarse, lo mismo que

---

(30) *La Razón* fue un diario vespertino publicado en Buenos Aires. Fue fundado el 1 de marzo de 1905 por el periodista Emilio Morales. Fue el diario líder entre los vespertinos argentinos durante varias décadas. Se publicó hasta 2017.

un marinero. Por los gritos de la víctima acudieron policías y detuvieron a los agresores. Al día siguiente, en una nota del mismo medio, se negaba que los agresores de la señorita estuviesen ebrios: «estaban todos en pleno estado de discernimiento, y solamente la falta de toda noción de moral pudo impulsarles a cometer el bárbaro delito. No ha habido, pues, otro agente de impulsión en todo esto que el desenfreno brutal de la animalidad instintiva de los sujetos detenidos». Se ratificaba que el hecho había sido protagonizado, entre otros, por dos guardias de cárceles, que fueron quienes por engaño condujeron a la víctima a los bosques. El día 15 de ese mes, *La Razón* informaba que había un fuerte hermetismo en las autoridades policiales y judiciales sobre el caso. Sostenía que «en presencia de este hecho salvaje, es oportuno preguntar si no sería conveniente que se tomaran ciertas precauciones respecto de la instalación en plena ciudad del batallón Guardia Cárceles, que a decir verdad, es un motivo de alarma para las familias honestas de los alrededores, las cuales se verán privadas de salir a la calle después del suceso que comentamos».

Finalmente, el 23 de marzo varios diarios informan del comienzo oficial de las labores del Cuerpo de vigilantes. Así, *La Argentina*, mencionaba en un artículo que la instrucción había durado un mes y que en este período muchos se habían pasado por las filas del ejército según reconocía el propio Paéz. También se informaba que al cuartel de Güemes 4343 se le construirían a futuro dos cuadras más de dos pisos cada uno, para ampliar su capacidad.

Según los reportes de prensa, el primer día, 80 hombres asumieron el turno de la Penitenciaría Nacional y 100 el de la Prisión Nacional. Con una gran foto de la tropa en formación, *La Prensa* del 24 de marzo publicaba una nota sobre el inicio de los servicios del cuerpo, que comenzó con una misa a las 8.30 horas de la mañana. Se agregaba que el Ministro de Justicia, doctor Garro, acompañado por el Secretario de Justicia, señor Ramírez, revistó el cuerpo que se formó en la calle Güemes. En la jornada se sirvió un lunch para la concurrencia. Ese mismo día, el diario *La Nación* también dedicó un gran espacio a este acontecimiento, incluyendo fotos del nuevo establecimiento y de autoridades posando a la mesa en que estaba servido el lunch. El diario informaba que asistieron los miembros del cuerpo y oficialidad, así como numerosas familias. Describía que los 600 hombres de tropa y 40 jefes y oficiales formaron bajo al mando del segundo jefe, comandante Suárez a lo largo de 3 o 4 cuadras sobre la calle Güemes. Luego siguieron entretenimientos para la tropa y por la noche se sirvió una cena en honor de jefes y oficiales. «Provisionalmente este cuerpo se regirá por un reglamento preparado por la junta de mayores, basado

más o menos en las disposiciones disciplinarias del ejército, o sea una serie de obligaciones que contemplan con sus funciones militares, sin que por ello se olvide el carácter civil de la institución» (31).

Una nota del 29 de marzo en *La Prensa* se refería a una serie de ejercicios realizados por el cuerpo en los terrenos del Bosque. Se ponderaban los uniformes vestidos por gente bizarra, «un hermoso conjunto», así como la táctica alemana utilizada. Sostenía la nota que no hacían falta ejercicios de combate, «lo único que se necesita, y que no es tan poca cosa, es que se ejercite en el tiro, por si llega el desgraciado caso de tener que hacer uso de sus armas». También cuestionaba la realización de ejercicios de conjunto ya que «no tienen razón de ser entre elementos civiles que, si bien colegiados, tienen el destino fijo de cuidar a los delincuentes».

Una vez en funciones, si bien la cobertura fue más esporádica, las noticias sobre el Cuerpo continuaron ocupando espacio en varios periódicos, especialmente en lo referido a su acción en las cárceles de los territorios. Así vemos, por ejemplo, como *La Opinión* el 7 de mayo publicaba que el pasado martes 2 de ese mes se habían embarcado dos compañías del Cuerpo Guardia de Cárceles de la Nación en el transporte «Chaco» de la Armada para cumplir funciones en el presidio de Ushuaia.

Al mes siguiente, El diario *La Argentina* del 20 de junio de 1911, informaba que el ministro había ordenado acrecentar el cuerpo hasta 2.000 hombres, ya que no alcanzaban para cubrir servicios y relevos en Buenos Aires y Ushuaia. Se haría de forma progresiva, empezando por aumentar a 800 hombres.

Al cumplirse el aniversario de la puesta en marcha del Cuerpo también hubo referencias en la prensa. Así, *La Opinión* del 24 de marzo de 1912 publicó una nota sobre este acontecimiento, haciendo una referencia a que se trató de una iniciativa muy aplaudida por todos los sectores. El artículo reconocía que, aunque al principio causó algunos problemas de disidencias y antagonismos entre civiles y militares, eso ya era cosa del pasado. Destacaban positivamente que los conscriptos dejaron de cumplir esa función y resaltaba la figura del comandante Suárez, el segundo jefe del cuerpo, recordando el dolor que causó su deceso imprevisto ocurrido el 20 de febrero.

En todo este primer período de funcionamiento de la fuerza, el personal continuó creciendo en forma permanente, extendiéndose a las cárceles de los territorios nacionales. En ese sentido, en *La Prensa* del 15 julio 1912 se menciona que en Ushuaia había unos 1000 inter-

---

(31) *La Nación*, 24 de marzo de 1911, p. 10.

nos y que se habían enviado un destacamento de 5 oficiales y 170 miembros en mayo de 1911 y su relevo en noviembre de 1911. En Neuquén, había unos 80 internos y se enviaron 20 oficiales y 60 de tropa en agosto de 1911; Río Gallegos y Rawson, cada una con unos 100 internos, recibieron 20 oficiales y 50 a 60 de tropa.

Unos días después, una nota del 22 de julio en *La Nación* evaluaba positivamente la fuerza a más de un año de su creación, pero haciendo algunas observaciones. También presentaba datos de la cantidad de integrantes distribuidos en todos los establecimientos nacionales: señalaba que el Cuerpo se había creado con 600 hombres y que ahora había 729 plazas así distribuidas: Penitenciaría Nacional: 100; Prisión Nacional: 150; Ushuaia: 170; Neuquén: 50; Santa Cruz: 50; Chubut: 50; Choele Choel: 41; Santa Rosa de Toay: 40; General Acha: 40 y el resto era personal de maestranza, guardias del cuartel y servicio de mayoría. También se explicaba que había una rotación entre Capital y el sur cada 6 u 8 meses y que las exigencias para ingresar eran poseer buenos antecedentes, haber cumplido servicio militar y haber tenido buena conducta allí. Asimismo, como aspectos más críticos, sostenía que se carecía de reglamento específico aprobado y que en cuanto se pretendía exigir a algunos miembros, ellos fácilmente pedían la baja. Al respecto, el diario informaba que hubo un mes que se pidieron 90 bajas. Para controlar esta inestabilidad del personal, Páez había propuesto que al ingreso se firmase un contrato que obligara a su cumplimiento por un tiempo determinado. También propuso suavizar la disciplina militar y asignar beneficios a futuro, fomentando la permanencia en el cuerpo. Asimismo, recalca que se precisaba una dotación de 1500 hombres, es decir, el doble de los que contaba la dotación en ese momento.

También aparecieron artículos muy críticos por esa época. En ese sentido, el periódico *El Debate*, el 18 de julio de 1912, publicaba una nota acerca de atropellos que se producían en el cuerpo de cárceles por parte de oficiales. Citaban ejemplos, como el del teniente Caballero, que «creyéndose sin duda un antiguo señor feudal de los de horca y cuchillo, y sin darse cuenta sin duda que vivimos en el siglo XX, mandó apalea a un soldado», un hecho que casi ocasiona una sublevación en el cuerpo de guardias de Ushuaia. También denunciaba nepotismo, camarillas, manejos ocultos y mal uso de las provisiones en distintas unidades. «El fracaso es innegable», concluía el periódico su evaluación.

Otro aspecto que también mereció alguna crítica fue el referido a la organización del cuerpo. Así, en *La Prensa* del 23 de agosto de 1912 se realizaba una evaluación de la fuerza, sosteniendo que un pri-

mer objetivo no se había cumplido, ya que en Viedma aún eran los conscriptos quienes realizaban la guardia del penal. También sostenía que el Ministro de Justicia e Instrucción Pública tenía como iniciativa cambiar la organización del cuerpo, descentralizándolo para que quedase a cargo de los Gobernadores de los territorios nacionales respectivos. El diario no acordaba con ese proyecto, ya que creía que convenía que el cuerpo se nutriera de miembros del ejército, veteranos y retirados, algo que no abundaba en territorios nacionales. Además, el reclutamiento en esos lares de escasa población corría el riesgo de propiciar afinidades, parentescos y familiaridad entre miembros del cuerpo y presos.

## 5. ALGUNAS CONCLUSIONES

Este trabajo exploratorio presenta una primera etapa en la indagación de la conformación del personal penitenciario en el ámbito nacional, tomando como punto de partida la creación de la Penitenciaría de Buenos Aires (luego Penitenciaría Nacional). Hemos repasado los primeros intentos normativos para la organización del personal, pero nos hemos enfocado, particularmente, en el proceso de creación de una guardia de vigilancia específica para el quehacer penitenciario, abarcando el período comprendido entre 1877 hasta 1912, cuando se cumpliera un año de la creación del Cuerpo de Guardia de Cárceles.

Las fuentes analizadas, tanto la documentación oficial como los medios gráficos, han permitido realizar una reconstrucción del desarrollo de ese proceso a la vez que han aportado algunos elementos para su descripción e interpretación. Por supuesto, al trabajar fundamentalmente con fuentes periodísticas, hay que tener presente el recorte editorial existente en cada uno de los medios consignados, lo que se observó claramente en el dispar tratamiento que tuvieron los hechos analizados.

Con estas precauciones podemos referir, en relación con el origen del Cuerpo de Guardia de Cárceles, que su creación ha sido una iniciativa que se encontraba presente en la agenda de los funcionarios, que consideraban que el ejército no debía estar a cargo de esa función, mucho menos a través del envío de conscriptos. Sin embargo, la concreción de esa demorada idea se produjo a raíz de algunos hechos graves y de gran repercusión, que precipitaron las decisiones políticas. En ese sentido, el impacto de casos de resonancia en la opinión pública parece haber provocado la aceleración de medidas sin suficiente precaución o análisis de su impacto para la débil organización penitencia-

ria existente por entonces. Las respuestas oficiales espasmódicas, surgidas intempestivamente a raíz de eventos de alta repercusión que impulsan a intervenir en cuestiones relevantes, pero apáticamente pendientes, no son una creación de nuestros tiempos.

Asimismo, resultan de gran interés algunas consideraciones surgidas del acceso a la mirada de los protagonistas y los problemas que enfrentaban en sus escenarios. Las fuentes consultadas aportan tanto una perspectiva diacrónica como múltiples elementos descriptivos acerca de cuestiones propias del sistema penitenciario argentino.

Al respecto, podemos mencionar puntualmente las ideas oficiales fluctuando entre la centralización de la conducción del cuerpo y su descentralización a cargo de las autoridades de los territorios nacionales, problemas emergentes a la hora de expandir los servicios de la guardia a las cárceles lejanas de la capital. Es interesante este punto, ya que las tendencias centralizadoras y descentralizadoras serán una constante en la administración penitenciaria a lo largo del tiempo. Las fuentes permiten vislumbrar que las autoridades nacionales, al tomar medidas en la administración de la Penitenciaría de Buenos Aires, procuraron tener en cuenta cierto carácter ejemplificador en relación al resto de los establecimientos dependientes de las jurisdicciones provinciales. Como en otras cuestiones vinculadas a las prácticas penitenciarias, las experiencias vividas en la ciudad de Buenos Aires parecen ser muy poco representativas de lo acontecido en el resto del país, más aún en el caso de las provincias.

Por otra parte, se observa que, si bien es considerado un cuerpo civil, la guardia creada se caracteriza por rasgos militares, tanto en su estructura y disciplinas como en su conformación, algo expresamente procurado por las autoridades. Esa compleja hibridez emerge en múltiples situaciones y manifiesta algunos problemas: la insistencia en la función institucional de custodia y seguridad a la vez que en cierto rol educador hacia la población penitenciaria, la mirada crítica de algunos miembros del ejército especialmente ligadas a comparaciones presupuestarias, la dificultad de los jefes para exigir algunos comportamientos a los miembros del cuerpo, la inestabilidad provocada por excesos de bajas solicitadas, la carencia y demora en la confección de un reglamento específico, entre otros. Para un ejemplo patente de la ambigüedad del cuerpo, podemos recordar que el propio jefe, al responder en una entrevista sobre el armamento, en primera instancia aclaró que no eran necesarios fusiles máuser, ya que no se trataba de tropas de combate. A la postre, tales fueron las armas que se suministraron a la guardia por parte del arsenal militar.

Por otra parte, a lo largo del texto es posible reconocer la antigüedad de ciertas prácticas negativas que las autoridades intentaban extirpar, tales como la introducción de alcohol y armas en las cárceles por parte de quienes las custodiaban. Este tópico remite a la insistencia de los funcionarios en evitar lo más posible el contacto y familiaridad entre los guardias y los reclusos. En tal sentido, tanto la forma de reclutamiento como la rotación periódica del personal a cargo de la vigilancia han sido una preocupación constante, lo que continuará también en adelante a los hechos aquí analizados.

En esta primera aproximación, otros puntos de especial interés quedaron pendientes de mayor desarrollo, como por ejemplo la situación del personal «interno» de la prisión, el proceso de implementación del cuerpo de guardia en las cárceles de los territorios nacionales o la situación existente en las jurisdicciones provinciales. Lejos de agotar la temática, con este paso inicial nos hemos propuesto introducir una cuestión sobre la que queda mucho por estudiar y debatir.



# Tutela antidiscriminatoria en el sistema penitenciario peruano

DAMIÁN RAFAEL FUENTES CUENDA  
Prof. Universidad Internacional de la Rioja

## RESUMEN

*Las medidas de protección desplegadas en el sistema penitenciario peruano a favor de los grupos vulnerables privados de libertad, tienen como base las normativas e instrumentos internacionales que impulsaron dicha tutela antidiscriminatoria. Se abordan así en este trabajo tales políticas públicas y la norma penitenciaria peruana que las ha integrado.*

*Palabras clave: Legislación penitenciaria peruana. Derechos Humanos. Principio de no discriminación. Grupo vulnerable. Sistema penitenciario peruano. Código de Ejecución Penal. Reglamento de Ejecución Penal.*

## ABSTRACT

*The protection measures deployed in the Peruvian Penitentiary System in favor of vulnerable groups deprived of liberty, are based on the international regulations and instruments that promoted such anti-discrimination protection. This paper addresses such public policies and the Peruvian prison regulations that have integrated them.*

*Keywords: Peruvian Prison Law. Human Rights Protection. Non-Discrimination Principles. Vulnerable Groups. Peruvian Penitentiary System. Penitentiary Law.*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Instrumentos internacionales y tutela antidiscriminatoria.–III. Una tribulación pertinaz regional: el hacinamiento.–IV. Interpretación jurisprudencial del principio de igualdad y no discriminación.–V. Grupos vulnerables en prisión. V.1. Mujeres reclusas. V.2. Orientación sexual V.3. Personas con discapacidad. V.3.1 Discapacidad intelectual y salud mental. V.4. Personas extranjeras. V.5. Minorías y grupos étnicos. V.6. Personas con VIH/Sida y/o tuberculosis. V.7. Jóvenes reclusos. V.8. Adultos mayores. V.9. Discriminación socioeconómica intramuros y el problema de la corrupción.–VI. Medidas penitenciarias restrictivas: La limitación de los beneficios penitenciarios.–VII. A modo de conclusión.

## I. INTRODUCCIÓN

Existe en el ámbito penitenciario cierta vulnerabilidad inmanente, característica de un medio que todavía constituye, sin duda, un *mal necesario* (1), un lugar de rigor y privación para los sometidos a custodia (2); y cierta vulnerabilidad preexistente en ocasiones en la condición del privado de libertad quien, sin la tutela penal y administrativa adecuadas, pudiera verse por ello sometido a situaciones discriminatorias. Y es que ello ha podido confirmarse en la crisis del COVID-19, pero también ha sido advertido históricamente, pues como ha señalado Sanz Delgado, «la vulnerabilidad surgía de las propias condiciones del encierro, que igualaba o incrementaba el desamparo de los

(1) Así lo contemplaba y expresaba, a modo de ejemplo, el legislador español en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria, de 26 de septiembre, actualmente vigente, como sigue: «Las prisiones son un mal necesario y, no obstante, la indiscutible crisis de las penas de privación de libertad, previsiblemente habrán de seguirlo siendo por mucho tiempo». A ello haría referencia el principal artífice de dicha norma en GARCÍA VALDÉS, C.: Comentarios a la legislación penitenciaria. 2.ª ed. Reimpresión 1995, Civitas, Madrid, 1995, p. 20.

(2) Aunque con ciertos límites, en un escalón inferior a las conductas del trato degradante, pues como ha señalado Mapelli Caffarena, dicho rigor «ni la privación pueden entenderse como trato inhumano o degradante, ni como agresiones que acarrean sufrimientos de manera especial o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena, porque entonces estaríamos en el ámbito del delito de tortura o contra la integridad moral». *Cfr.* MAPELLI CAFFARENA, B.: «El tratamiento penal de los excesos en la ejecución de la privación de libertad», en VV.AA. (Sanz Delgado, E. Dir.): Derecho Penal y penitenciario. Nuevos Desafíos del sistema penal en el siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Dr. D. Germán Small Arana. Ideas Solución, Lima, 2015 (1.ª reimpresión mayo 2016), p. 560.

sometidos a custodia, surgiendo la discriminación, por lo usual, de las condiciones económicas de aquéllos y de los derechos de carcelaje exigidos» (3). Algunas de tales difíciles condiciones y elementos característicos de entonces, todavía hoy pueden ser advertidos en la ejecución penal de numerosos países, incluido el Perú.

Desde una mirada periférica, internacional, como ha sido advertido y aceptado por Naciones Unidas: «existen ciertos grupos, que se encuentran en posiciones particularmente vulnerables en los recintos penitenciarios, quienes por tanto requieren de mayores cuidados y protección. Algunas personas pueden experimentar un mayor sufrimiento debido a instalaciones inadecuadas y a la falta de cuidados especializados disponibles para atender las necesidades especiales en prisión. El entorno mismo de la prisión exacerbará sus problemas ya existentes. Estos incluyen prisioneros con cuidados en su salud mental, prisioneros con discapacidades y aquéllos de la tercera edad. Algunos de ellos corren el riesgo de sufrir el abuso por parte de otros reclusos y del personal de la prisión debido a actitudes prejuiciosas y a percepciones discriminatorias muy arraigados en la sociedad misma, que son más pronunciadas en los cerrados entornos de la prisión. Dichos grupos pueden sufrir humillaciones, abuso físico y psicológico y violencia, debido a su etnicidad, nacionalidad, género y orientación sexual» (4). Y tal vulnerabilidad manifestada se incrementa en sistemas y establecimientos penitenciarios superpoblados, incluyéndose hoy por Naciones Unidas entre tales grupos vulnerables a las reclusas, a los reclusos que necesitan atención en salud mental, a reclusos dependientes de drogas, a reclusos extranjeros, a minorías raciales y étnicas, reclusos adultos mayores y a reclusos con discapacidades (5).

---

(3) Cfr. SANZ DELGADO, E.: «Tutela antidiscriminatoria y vulnerabilidad en prisión», en *Anuario de la Facultad de Derecho*. Universidad de Alcalá, Tomo IV, 2011, p. 67.

(4) Vid. UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito): Manual sobre reclusos con necesidades especiales. Series Manuales de Justicia Penal. New York, 2009, p. 4 (Disponible en: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/MANUAL\\_RECLUSOS\\_CON\\_NECESIDADES\\_ESPECIALES\\_1.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/MANUAL_RECLUSOS_CON_NECESIDADES_ESPECIALES_1.pdf)).

(5) Vid. UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito): Manual sobre estrategias para reducir el hacinamiento en las prisiones. Serie de guías de Justicia penal. New York, 2014, p. 15 (Disponible on line, en: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/HBOnOvercrowding/UNODC\\_HB\\_on\\_Overcrowding\\_ESP\\_web.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/HBOnOvercrowding/UNODC_HB_on_Overcrowding_ESP_web.pdf)). Se advertía previamente dicho principio tutelar antidiscriminatorio en las Reglas penitenciarias europeas del Consejo de Europa de 2006, en la Regla 13: «Las presentes Reglas deben ser aplicadas con imparcialidad, sin discriminación alguna fundada en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas u otro tipo de opiniones, la procedencia nacional o social, la perte-

Si en el entorno social libre es perfectamente identificable la discriminación múltiple (6), expresión diferenciada de la llamada discriminación interseccional, que más bien se asimila al término discriminación acumulada, referido a cuando una misma persona padece acumulativamente varias situaciones de discriminación (7), ello es asimismo advertido, y con mayor gravedad, en el entorno penitenciario. Y en dicho espacio de reclusión tiene por ello superior utilidad la normativa anti-discriminatoria, que despliega por lo usual su eficacia atendiendo a varias funciones distintas y, a su vez, complementarias, señaladas por Álvarez Alonso y Álvarez del Cuvillo, como sigue: «a) Una función *simbólica* que consiste en establecer un estándar normativo, señalando preventivamente a los particulares y a los poderes públicos cuáles son las conductas prohibidas, con la finalidad de generar pautas socioculturales que influyan en la acción humana sin necesidad de emprender un proceso judicial o un procedimiento sancionador; b) una función *tutelar*, que se cifra en la identificación e interdicción de supuestos discrimi-

nencia a una minoría nacional, las condiciones económicas, el nacimiento o cualquier otra situación».

(6) *Vid.* CHACÁRTEGUI JAVEGA, C.: «Mujer, discriminación múltiple y exclusión social», en (PÉREZ DE LA FUENTE, O. Ed.): *Mujeres: Luchando por la igualdad, reivindicando la diferencia*. Dykinson, Madrid, 2010, p. 41; anteriormente y posterior, entre otros al respecto, *vid.* REY MARTÍNEZ, F.: «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 28, número 84, 2008, pp. 251-283; ASHIAGBOR, D. (SOAS): El reto de la discriminación múltiple e intersectorial en la ley de la UE (Seminario SOAS. University of London), pp. 2-18. Disponible en: [http://www.era-comm.eu/oldoku/SNLLaw/11\\_Multiple\\_discrimination/2013\\_04\\_Ashiagbor\\_ES.pdf](http://www.era-comm.eu/oldoku/SNLLaw/11_Multiple_discrimination/2013_04_Ashiagbor_ES.pdf); en relación a la situación española, JIMÉNEZ LARA, A.: *Personas con discapacidad y discriminación múltiple en España: situación y propuestas* (Observatorio Estatal de la Discapacidad –OED-, Ed.), 2016, pp. 5 y ss.; más recientemente, reflexionando sobre el uso del lenguaje, y examinando las diferencias conceptuales entre las expresiones discriminación interseccional y discriminación múltiple, CAVALCANTE CARVALHO, A.M.: *Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad*, en *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, n.º 7 marzo 2018, pp. 15-25; Parlamento Europeo 2014-2019: Informe sobre la aplicación de la Estrategia Europea sobre Discapacidad (2017/2127(INI)), ponente Helga Stevens, Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0339\\_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0339_ES.pdf), pp. 50 y ss.

(7) Término acumulativo preferido por autores como Wilfredo Ardito, quien entiende que «en el Perú la mayoría de los problemas de discriminación no se presentan por una sola causal, sino por la suma de varias». *Cfr.* ARDITO VEGA, W.: «Patrones de la discriminación en el Perú», en VV.AA. (DHES –Red de derechos Humanos y Educación Superior): *Conferencias descentralizadas Alfa. Grupos en situación de vulnerabilidad: género y discapacidad*. Días 2, 3 y 4 de septiembre de 2014. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015, p. 7 (Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34127.pdf>).

minatorios, para su eliminación en sede judicial o administrativa, garantizando así el ajuste de los destinatarios a las pautas señaladas anteriormente y la reparación de la situación de quienes hayan sido víctimas de tales comportamientos, e, incluso, c) una función *promocional* a la que responderían aquellas normas e instrumentos jurídicos que trascienden de la lógica meramente sancionadora o prohibitiva» (8).

Detectadas tales especiales necesidades individuales, de los más desfavorecidos en el ámbito social, se trataría entonces de proteger y promover sus derechos también en el marco de la ejecución penal (9), siendo el incumplimiento de los estándares internacionales de protección el principal resultado lesivo a evitar por las autoridades penitenciarias. Como señala Matthews, «varios convenios internacionales han sido firmados para alcanzar unos estándares mínimos en la protección de los derechos fundamentales de los presos, pero muchos países latinoamericanos en los albores del siglo XXI no los han cumplido» (10). Ese proceso de asimilación y cumplimiento normativo ha sido no obstante recientemente impulsado en el Perú (11), donde la percepción institucional de las conductas discriminatorias ha

---

(8) Cfr. ÁLVAREZ ALONSO, D./ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: «Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria», en Revista española del derecho del trabajo, n.º 132, Civitas, 2006, pp. 999 y 1000; acerca de la tutela antidiscriminatoria, de modo genérico, respecto de los grupos vulnerables, por todos, VV.AA. (Escobar Roca, G. Dir.): Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria. Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 1725 y ss.; y, respecto de la bibliografía y de la doctrina específicamente peruana, *vid.* DORIVAL CÓRDOVA, R.: Discriminación en el Perú. Acercamiento bibliográfico. Documento de investigación 11. Fondo Editorial Universidad del Pacífico, Lima, diciembre 2018, *passim* (Disponible on line, en: <http://repositorio.up.edu.pe/handle/11354/2186>).

(9) *Vid.* UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito): Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Las Reglas Nelson Mandela). Un modelo actualizado para la gestión penitenciaria en el siglo XXI. Documento con traducción no oficial preparado por Oficina regional de Centroamérica y el Caribe. Viena, 2015, p. 7 (Disponible en: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Brochure\\_on\\_the\\_The\\_UN\\_Standard\\_Minimum\\_the\\_Nelson\\_Mandela\\_Rules-S.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Brochure_on_the_The_UN_Standard_Minimum_the_Nelson_Mandela_Rules-S.pdf)).

(10) Cfr. MATTHEWS, R.: «Una propuesta realista de reforma para las prisiones en Latinoamérica», en *Política criminal*. Vol. 6, n.º 12, diciembre de 2011, p. 316 (Disponible on line: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v6n12/art03.pdf>).

(11) En este sentido, Ardito Vega, afirmaba en 2015: «estamos ante uno de los problemas más fuertes de la sociedad peruana. Sin embargo, han sido incipientes los avances en cuanto a políticas públicas para enfrentarla». Cfr. ARDITO VEGA, W.: «La promulgación de normas no es suficiente». Resumen elaborado en base al documento «Políticas Públicas contra la discriminación en las regiones», en VV.AA.: CIES (Consortio de Investigación Económica y Social): Propuestas de política para los gobiernos regionales 2015-2018, s/f, p. 53 (Disponible on line, en: <http://www.cies.org.pe/sites/default/files/pagina/files/dossier-elecciones.pdf>).

salido, por fin, a la luz insertándose en la norma y en las políticas públicas.

## II. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES Y TUTELA ANTI-DISCRIMINATORIA

El principio de igualdad y no discriminación se advierte así recogido en diversos instrumentos internacionales. Se han establecido inicialmente estándares generales, comenzando por la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, en su artículo 2.º que dispone: «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición». El hecho de dejar el precepto una cláusula abierta al señalar «o cualquier otra condición», ha permitido a las legislaciones nacionales incrementar e incluir nuevos grupos en situación de riesgo en sus listados de grupos vulnerables. De otra parte, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, establece en su artículo 26, que «Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». Asimismo, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en su artículo 12 (1), vino a señalar: «Los Estados Partícipes en el presente Pacto, reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Más concretamente, para el ámbito penitenciario, a partir del *Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión*, en el Principio 5.º se establece: «Los presentes principios se aplicarán a todas las personas en el territorio de un Estado, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia religiosa, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición». En las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos* de Ginebra de 1955, de igual modo se disponía en su Regla 6.ª: «Las reglas que siguen deben ser aplicadas imparcialmente. No se debe hacer diferencias de trato fundadas en prejuicios, principalmente de

raza, color, sexo, lengua, religión, opinión política o cualquier otra opinión, de origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra situación cualquiera». Y entre las actuales Reglas Mínimas de Naciones Unidas de 2015, Reglas Nelson Mandela, que atienden a dichos grupos vulnerables en las Reglas 2, 5.2, 39.3, 55.2 y 109 a 110, en la principal Regla 2.<sup>a</sup> se dispone:

*«1. Las presentes reglas se aplicarán de forma imparcial. No habrá discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. Deberán respetarse las creencias religiosas y preceptos morales de los reclusos. 2. Con el propósito de aplicar el principio de no discriminación, las administraciones penitenciarias tendrán en cuenta las necesidades individuales de los reclusos, en particular de las categorías más vulnerables en el contexto penitenciario. Se deberán adoptar medidas de protección y promoción de los derechos de los reclusos con necesidades especiales, y dichas medidas no se considerarán discriminatorias».*

Para una mejor exégesis, en la Guía de aplicación práctica, que establece los «Principios fundamentales de las Reglas Mandela» (12), se confirma que toda acción relacionada con el trato a las personas privadas de libertad debe superar el estándar de no discriminación. Las necesidades especiales de algunas personas privadas de libertad o grupos obligan a desarrollar respuestas adaptadas, promoviendo las condiciones o removiendo los obstáculos que se opongan a la realización efectiva de la igualdad (igualdad sustancial).

Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Naciones Unidas (RMTR), en su última versión de 2015, como sostienen la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, constituyen asimismo el instrumento internacional de referencia a los efectos de determinar, desde el punto de vista del Derecho internacional, las exigencias del sistema penitenciario en los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en la que se integra el Perú. Con anterioridad, en marzo de 2008, se habían adoptado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (13), los *Princi-*

---

(12) *Vid.*, al respecto, CICR: «Principios fundamentales de las Reglas Mandela. Un enfoque regional de gestión e infraestructura penitenciaria en Latinoamérica. Guía de aplicación práctica» (III Taller latinoamericano de gestión e infraestructura penitenciaria, p. 11. Disponible on line: [https://www.icrc.org/es/download/file/92520/guia\\_de\\_aplicacion\\_reglas\\_mandela.pdf](https://www.icrc.org/es/download/file/92520/guia_de_aplicacion_reglas_mandela.pdf)).

(13) *Vid.*, al respecto, CIDH: Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Adoptados por la Comisión durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008

*pios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, que en su Principio II, intitulado «Igualdad y no discriminación», vino a establecer:

«Bajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, género, orientación sexual, o cualquiera otra condición social. En consecuencia, se prohibirá cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad. No serán consideradas discriminatorias las medidas que se destinen a proteger exclusivamente los derechos de las mujeres, en particular de las mujeres embarazadas y de las madres lactantes; de los niños y niñas; de las personas adultas mayores; de las personas enfermas o con infecciones, como el VIH-SIDA; de las personas con discapacidad física, mental o sensorial; así como de los pueblos indígenas, afrodescendientes, y de minorías. Estas medidas se aplicarán dentro del marco de la ley y del derecho internacional de los derechos humanos, y estarán siempre sujetas a revisión de un juez u otra autoridad competente, independiente e imparcial».

De otra parte, las Defensorías del Pueblo de la región, agrupadas en la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO), asimismo expresaron en 2007, en su informe *Sistema Penitenciario*, en materia de tutela antidiscriminatoria (14), las siguientes recomendaciones a los Estados miembros: 1.<sup>a</sup> De conformidad con la Recomendación 15, adoptada por la FIO en su *I Informe sobre Derechos Humanos: Migraciones*, facilitar a los reclusos extranjeros el acceso a la asistencia consular, a la vista de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Asimismo, facilitar a los reclusos refugiados, apátridas o sin representación diplomática ni consular en el país el acceso al representante encargado de sus intereses o a cualquier otra autoridad u organismo, nacional o internacional, que tenga por objeto su protección. 2.<sup>a</sup> De conformidad con la Recomendación 49, adoptada por la FIO en su *I Informe sobre Derechos Humanos: Migraciones*, estable-

---

(Disponible on line en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>).

(14) Cfr. F.I.O. (Federación Iberoamericana de Ombudsman): VV.AA. (Escobar Roca, G., Dir.): *Sistema penitenciario. V Informe de Derechos Humanos*, Trama, Madrid, 2007, pp. 567 y 568 (Disponible on line, en: <http://www.portalfio.org/recursos/v-informe-sobre-derechos-humanos-sistema-penitenciario-2007/>)



cer acuerdos y programas especiales a favor de los reclusos extranjeros en los establecimientos penitenciarios del país. Facilitar el cumplimiento de la condena en el país de origen del recluso (o, en su caso, en el país que este elija), siempre que el recluso otorgue su consentimiento al traslado, tras recibir información adecuada (incluyendo el asesoramiento de un letrado) sobre las consecuencias del mismo. 3.<sup>a</sup> No conceder la extradición de ningún recluso en las circunstancias previstas en los artículos 3 y 4 del Tratado modelo de extradición de Naciones Unidas 4.<sup>a</sup> Establecer programas especiales a favor de las mujeres reclusas, especialmente en los casos de embarazo y maternidad. Impedir que personal de sexo masculino esté a cargo de la custodia de mujeres en los establecimientos penitenciarios. 5.<sup>o</sup> De conformidad con las Recomendaciones 17 a 24, adoptadas por la FIO en su *III Informe sobre derechos humanos: Niñez y adolescencia*, garantizar adecuadamente los derechos de los menores de edad en los sistemas penal y penitenciario. 6.<sup>a</sup> Atender las necesidades específicas de los reclusos pertenecientes a colectivos indígenas o a minorías étnicas, culturales o religiosas, respetando sus derechos lingüísticos y culturales, siempre que éstos no sean incompatibles con el sistema de Derechos Humanos. Estudiar la posibilidad de aplicar a estos colectivos modalidades alternativas de ejecución que resulten compatibles con sus usos y costumbres.

### III. UNA TRIBULACIÓN PERTINAZ REGIONAL: EL HACINAMIENTO

Identificados tales caracteres y las medidas a impulsar para la correcta exégesis de la tutela antidiscriminatoria, para el efectivo cumplimiento de dichos presupuestos el hacinamiento en prisión se ha convertido en uno de los grandes inconvenientes. Por ello, en diversos instrumentos internacionales, y especialmente desde Naciones Unidas, se han reiterado las negativas consecuencias derivadas de la superpoblación penal, confirmándose que, «con frecuencia, esta situación da lugar a conculcaciones de los Derechos humanos de las personas detenidas» (15), pues en un espacio que acumula en exceso

---

(15) Cfr. UNOPS (Oficina de Naciones Unidas de Servicios para Proyectos): Orientaciones técnicas para la planificación de establecimientos penitenciarios. Consideraciones técnicas y prácticas basadas en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela). Copenhagen, 2016, p. 26 (Disponible on line, en: [https://content.unops.org/publications/Technical-guidance-Prison-Planning-2016\\_ES.pdf?mtime=20171215190049](https://content.unops.org/publications/Technical-guidance-Prison-Planning-2016_ES.pdf?mtime=20171215190049))

personas y tensiones, que conlleva a una falta de control efectivo institucional, las situaciones de posible discriminación encuentran un terreno abonado. La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, expresaba en 2008 una suerte de desiderátum, por su improbable cumplimiento, al establecer que «la ocupación de establecimiento por encima del número de plazas establecido será prohibida por la ley. Cuando de ello se siga la vulneración de derechos humanos, ésta deberá ser considerada una pena o trato cruel, inhumano o degradante. La ley deberá establecer los mecanismos para remediar de manera inmediata cualquier situación de alojamiento por encima del número de plazas establecido. Los jueces competentes deberán adoptar remedios adecuados en ausencia de una regulación legal efectiva» (16). En la práctica, ni la prohibición se articula, ni se evita tal inhumano trato, ni se establecen límites o umbrales infranqueables, ni los jueces encargados, cuando los hay con competencias al efecto, despliegan el necesario control para frenar tales abusos.

En una constante creciente y aún de difícil solución, el sistema penitenciario peruano se caracteriza también así por un alto índice de superpoblación, o hacinamiento (17), lo que provoca, como indesea-

---

(16) Cfr. OEA/CIDH: Principios y buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (Disponible on Line en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>).

(17) Término señalado, desde 2001, por Elías Carranza en relación a estas situaciones en varios países de América Latina. Vid. CARRANZA, E.: «Cárcel y Justicia Penal: El modelo de Derechos y Obligaciones de las Naciones Unidas, y una Política Integral de seguridad de los habitantes frente al delito», en VV.AA. (Carranza, E. Coord.): *Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe: Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*. 1.<sup>a</sup> ed. Ilanud, 2009, p. 63; con anterioridad, VV.AA. CARRANZA, E. (Coord.): *Justicia penal y superpoblación penitenciaria: respuestas posibles*. Siglo XXI, México D.F., 2001, pp. 11-47 (con cifras de Perú desde 1992 a 1999); el mismo: «Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe: ¿Qué hacer?», en *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, n.º 8, 2012, pp. 32-37 (Disponible on line, en: <http://www.inej.edu.ni/wp-content/uploads/2012/09/Situaci%C3%B3n-penitenciaria-en-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe.pdf>); en lo relativo a Perú, entre otros, Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./GÓMEZ RIVERO, C./NIETO MARTÍN, A.: «El sistema penal y penitenciario peruano. Reflexiones político-criminales», en *América Latina Hoy*, n.º 28, 2001, pp. 40, 43 y 44 (Disponible on line, en: <http://www.acuedi.org/ddata/660.pdf>); y desde el específico ámbito académico peruano, asimismo han dado noticia de esta situación, en los últimos años, entre otros, PERALTA BARRIOS, M.I./VALVERDE VILLAR, N.V.: *El interno y el mundo exterior: beneficios penitenciarios*. Idemsa, Lima, 2004, pp. 48, 79; SMALL ARANA, G.: *Situación carcelaria en el Perú y beneficios penitenciarios*. Grijley, Lima, 2006, pp. 14-20; el mismo: «Propuesta de privatización en las cárceles en el sistema penitenciario», en *Revista de Derecho y Ciencia Política*. UNMSM, Vol. 64, 2007, pp. 212 y 213; el mismo: «Análisis de la ley n.º 29423 que suprime beneficios penitenciarios para los supuestos de terrorismo», en *Revista de*

das consecuencias intramuros, un grave riesgo de afectación a los derechos de los reclusos en un marco real caracterizado porque las sesenta y ocho cárceles del país tan solo ofrecen capacidad (18) para albergar a cuarenta mil internos, entre varones y mujeres, si bien la población real reclusa alcanza ya las noventa y seis mil personas,

*Derecho y Ciencia Política*. UNMSM, Vol. 66, 2009, p. 212; CEAS: (Comisión Episcopal de Acción Social): Perú: Informe sobre la situación penitenciaria. Roel Ed., Lima, 2005, pp. 7 y 8; MAPELLI CAFFARENA, B. (Coord.): La mujer en el sistema penitenciario peruano. Idemsa, Lima, 2006, pp. 187-191; VIZCARDO, S.H.: Derecho penitenciario peruano. Pro Derecho/Instituto de Investigaciones Jurídicas. Lima, 2007, pp. 146-148; CABRERA CABRERA, M.O.: Manual Introductorio de Derecho Penitenciario. Doctrina Legislación, Casos Prácticos. Fecat, Lima, 2007, p. 78; ÁVILA HERRERA, H.J.: «Panorama Nacional: Perú», en VV.AA. Federación Iberoamericana de Ombudsman (Escobar Roca, G., Dir.): Sistema penitenciario. V Informe de Derechos Humanos, Trama, Madrid, 2007, p. 331; el mismo: «El Derecho de Ejecución Penal de cara al presente siglo: Problemas, orientaciones, retos y perspectivas», en *Centros de Estudio de Derecho Penitenciario*, Año 1, n.º 1, 2011, p. 2; Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: 10 medidas de reforma del sistema penitenciario. Lima, 10 de abril de 2012, p. 4; TORRES GONZÁLES, E.: Beneficios penitenciarios. Medidas alternativas a la pena privativa de libertad. 2.ª ed. Idemsa, Lima, 2014, p. 286; CÁRCAMO, J. E./GUARNIZO, A./MENDOZA, M.Y./PAJARES, C./VIGNOLO, G.: Asociaciones público-privadas en el sistema penitenciario. Una alternativa de solución para la inseguridad en el Perú. Esan Ed., Lima, 2015, pp. 11-14, valorando la iniciativa privada (privatización) para solventar la situación de hacinamiento; TERRONES RIVASPLATA, N.: Sobrepoblación penitenciaria y tratamiento penitenciario de los internos sentenciados del Establecimiento Penitenciario «Víctor Pérez Liendo». Huaraz-2016, Escuela Postgrado Universidad César Vallejo, Perú 2017 (Disponible en: [http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/7557/Terrones\\_RN.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/7557/Terrones_RN.pdf?sequence=1&isAllowed=y)); NUNOVERO, L.B.: «Factores de aumento de la población penitenciaria en el Perú, medidas alternativas y vigilancia electrónica», en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 37, 2017, pp. 369-390; PEÑALOZA GONZÁLEZ, A.: El fenómeno de la reinserción carcelaria en el Perú: análisis de los factores asociados a las trayectorias exitosas de reinserción social. Tesis. PUCP, Lima, febrero 2017, pp. 4, 5 y 9 y ss.; MILLA VÁSQUEZ, D.G.: Beneficios penitenciarios y otras instituciones penitenciarias. Instituto Pacífico, Lima, 2019, pp. 302, 303, 357, 644 y 645; en el ámbito europeo y especialmente español, la sobrepoblación asimismo preocupa, y así bien se ha señalado, por todos, recientemente, por RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: «Un análisis de las estrategias contra la superpoblación penitenciaria en España a la luz de los estándares europeos», en *Revista Electrónica de Ciencia de Ciencia Penal y Criminología*, 20-05, 2018. Disponible on line, en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-05.pdf>.

(18) *Vid.*, el Informe del INPE de marzo de 2019 en el que se advertía de un índice de superpoblación del 133%, teniendo en cuenta que la diferencia entre la capacidad de albergue y la real es de 53.053 internos (algo mejor en todo caso que en el período 2005-2007 en el que el porcentaje era de 154%). *Vid.*, al respecto, Instituto Nacional Penitenciario: Informe estadístico penitenciario. Lima, marzo 2019, p. 10; más recientemente, igualmente se admite tal exceso en el Informe estadístico gubernamental de noviembre de 2019, disponible en: <https://www.inpe.gob.pe/normatividad/documentos/4147-informe-estadistico-noviembre-2019/file.htm>

habiéndose cuantificado en enero de 2019, una población de 91.283 personas, y de 90.934 internos/as a fecha de diciembre de 2018 (19).

A tales dificultades ha de añadirse un alto porcentaje de personas privadas de libertad en situación preventiva, esto es, en prisión provisional a la espera de juicio. Así, según datos de la Unidad de Registro Penitenciario de la Unidad de Estadística del Instituto Nacional Penitenciario (INPE)- hasta el 17 de febrero del 2020, la institución reportó un total de 34.879 internos procesados. En términos porcentuales, ello equivale al 36% de los 95.548 internos actuales en establecimientos penitenciarios a nivel nacional. Este que parece a priori un índice inasumible, pudiera incluso incrementarse, como reflejaba en 2016 el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en el estudio presentado, tomando como base los anteriores cuatro años, y proyectando «un crecimiento promedio del 5.3% anual, estimándose que la población penitenciaria alcanzaría los 222.487 internos e internas al año 2035. En contraste, la capacidad de albergue, crecería en promedio el 2.8% anual, considerando que las unidades de albergue disponible llegarían a 58.187, lo que determinaría un hacinamiento del 282%» (20). Ejemplos como los establecimientos de Lurigancho o Chiclayo, con un 233% y 286% de superpoblación respectivamente, en fecha de marzo de 2019, debieran ser por ello del todo inasumibles (21). La transitoriedad de medidas de apertura para evitar el contagio derivado de la crisis del Covid-19, no soluciona el problema.

#### IV. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Si bien, de modo genérico, la voz discriminación desde un concepto amplio está referida a toda quiebra o infracción de la igualdad en un sentido neutro, la discriminación en sentido estricto se refiere

---

(19) *Vid.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Boletín estadístico Institucional 2019. Primer trimestre, Lima, 2019, p. 78 (Disponible en: [https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/05/Bolet%C3%ADn-2019\\_Primer-Trimestre\\_.pdf](https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/05/Bolet%C3%ADn-2019_Primer-Trimestre_.pdf)).

(20) *Vid.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Política Nacional Penitenciaria y Plan Nacional de Política Penitenciaria. Aprobado por Decreto Supremo n.º 005-2016-JUS. Consejo Nacional de Política Criminal. Dirección General de Política Criminal y Penitenciaria, Lima, septiembre 2016, p. 59 (Disponible en: [https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2016/10/Pol%C3%ADtica-Nacional-Penitenciaria\\_2016\\_2020.pdf](https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2016/10/Pol%C3%ADtica-Nacional-Penitenciaria_2016_2020.pdf)).

(21) *Vid.* Instituto Nacional Penitenciario: Informe estadístico penitenciario, Lima, marzo de 2019, p. 11.

específicamente a aquella situación en la que concurren algunos criterios de diferenciación prohibidos, como los expresados en el artículo 2.º, inciso 2.º, de la Constitución peruana, cuales son el origen, la raza, el sexo, la religión, la opinión, la condición económica, o de cualquier otra índole (22). La explicación que ofrece el Máximo Interpretador Constitucional del Perú, en su STC Exp. n.º 0045-2004-PI/TC, FJ 20, atiende al derecho fundamental a la igualdad y a la prohibición de discriminación en estos términos: «constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica), o por otras («motivo», «de cualquier otra índole») que, jurídicamente, resulten relevantes. En cuanto constituye un derecho fundamental, el mandato correlativo derivado de aquel, respecto a los sujetos destinatarios de este derecho (Estado y particulares), será la prohibición de discriminación. Se trata, entonces, de la configuración de una prohibición de intervención en el mandato de igualdad».

Dicha indicación llega a establecer límites al legislador, incluso para las leyes especiales, como también se recoge en la STC Exp. n.º 0004-2006-PI/TC, FJ 123, que señala: «el actuar del legislador tiene como límite el principio de igualdad, en tanto que dicho principio le exige que las relaciones y situaciones jurídicas determinadas que vaya a determinar deban garantizar un trato igual y sin discriminaciones». Más en concreto, el mismo Alto Tribunal se ha expresado proscribiendo la discriminación y perfilando sus características diferenciales del concepto genérico de desigualdad, en su STC Exp. n.º 0048-2004-PI/TC, FJ 62, como sigue: «no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscriben todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables. Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discrimi-

---

(22) Distinción señalada, entre otros, por SALOMÉ RESURRECCIÓN, L. M.: *La «discriminación múltiple» como concepto jurídico para el análisis de situaciones de discriminación*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2015, p. 27 (Disponible on line: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r36876.pdf>).

minación. En principio, debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable»

La jurisprudencia internacional también ha definido tales principios en sentencias que han afectado al Estado peruano. El principio de igualdad y no discriminación, como principio básico de la protección de los Derechos Humanos, que alcanza el carácter de *ius cogens*, diferenciando la protección otorgada por el artículo 1.1 y el 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha sido señalado, en relación con el Perú, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Espinoza González Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289 (23), donde la Corte recuerda que en el Perú existió un patrón de tortura y de violencia sexual aplicada discriminatoriamente en perjuicio de las mujeres en el marco de investigaciones por razón de terrorismo y traición a la patria en la época de los hechos, y donde se indicaban las obligaciones para el Estado peruano: «La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo trato que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma. Por ende, el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier trato discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional».

Si desde organizaciones como Reforma Penal Internacional, enfocadas hacia una visión preventivo especial de la pena y del sistema penitenciario, no se ha dejado de insistir en la necesidad de implementar la capacitación del personal penitenciario, ofreciéndose útiles herramientas y manuales para la protección de los derechos humanos y de los grupos vulnerables, señalando «la necesidad de aumentar el

---

(23) *Vid.*, al respecto, Corte Interamericana de Derechos Humanos: Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, n.º 14, Igualdad y no discriminación, 2019, p. 16 (Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo14.pdf>).

profesionalismo de los involucrados en la justicia criminal, especialmente las personas que tratan directamente con los reclusos» (24), la Corte Interamericana respecto del Caso Espinoza González Vs. Perú, Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, también dedicó párrafos a conseguir del Estado Peruano un esfuerzo y compromiso en relación a la formación en Derechos Humanos. En sus términos: «La Corte valora positivamente las medidas adoptadas por el Estado respecto a la formación en derechos humanos en diversas instituciones del Estado. Sin embargo, recuerda que la capacitación, como sistema de formación continua, se debe extender durante un lapso importante para cumplir sus objetivos. De igual modo y a la luz de la jurisprudencia de este Tribunal, advierte que una capacitación con perspectiva de género implica no solo un aprendizaje de las normas, sino debe generar que todos los funcionarios reconozcan la existencia de discriminación contra la mujer y las afectaciones que generan en éstas las ideas y valoraciones estereotipadas en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos». En este sentido, entre las medidas establecidas por la Corte para erradicar la discriminación adoptando mecanismos de garantía, que debe realizar el Estado para garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación de ciertos grupos, que hacen referencia a medidas de debida diligencia en las investigaciones de hechos que constituyen violencia de género, particularmente; así como al deber reforzado de personas que se encuentran en situación de discriminación y a la obligación de realizar investigaciones con perspectiva de género, como mecanismos para erradicar la discriminación (25).

En el último decenio se ha confirmado en el Perú el interés gubernamental en prestar atención a los problemas dimanantes del casi siempre hostil medio penitenciario, resolviendo que «una administración penitenciaria eficiente y moderna también garantiza indirectamente la protección de los derechos humanos de las personas privadas de libertad». Así, se desprende y publica desde un punto de vista institucional y administrativo, en el año 2008, con la presentación por el Instituto Nacional Penitenciario del primer manual de Derechos

---

(24) *Cfr.* WAHL, H. H./GHOSN, R.: «Introducción al Manual de Capacitación», en *Reforma Penal Internacional: Manual de Capacitación n.º 1: Derechos Humanos y prisioneros vulnerables*. Paris, octubre de 2003, p. 6 (Disponible en: <https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2013/06/man-hr1-2003-vulnerable-prisoners-es.pdf>).

(25) *Vid.* Corte Interamericana de Derechos Humanos: Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, n.º 14, ob. cit., pp. 150 y ss.

Humanos (26); y, posteriormente, a partir de la puesta en marcha del Plan Nacional de Política Nacional Penitenciaria de 2016, aprobado por Decreto Supremo n.º 005-2016-JUS, y publicado en el Peruano el 15 de julio de 2016, previsto para el periodo 2016-2020, delineando principios, «como axiomas fundamentales y fundantes que orientan de forma coherente las decisiones que se adopten en el marco de la implementación de la política nacional penitenciaria» y, entre los mismos, el principio de atención de internos con necesidades especiales, visibilizando y generando una línea de atención «diferenciada para aquellos grupos de personas que están inmersas en el sistema penitenciario y que tienen requerimientos especiales (inimputables, toxicómanos dependientes, extranjeros, adultos mayores, discapacitados, etc.); con el propósito de fomentar condiciones y tratamiento igualitario para todos» (27).

Seguidamente, y como desarrollo de la Ley n.º 30.506 del año 2016, con despliegue institucional por medio de la Quinta Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo n.º 1328, que adscribía formalmente al INPE al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en la edición de 2018 del «Manual de Derechos Humanos aplicados a la Función penitenciaria», publicado por el Instituto Nacional Penitenciario (28), se contempla dicha permanencia en la preocupación administrativa. En palabras de Carlos Zoe Vásquez, a la sazón Presidente del Consejo Nacional Penitenciario, se trata de una herramienta o «instrumento orientador para el ejercicio de la función penitenciaria». En sus términos, «el servidor penitenciario, en el ejercicio de sus funciones, debe lograr ser capaz de disuadir y contrarrestar actos de violencia verbales y/o físicos, utilizando racionalmente la fuerza que le ha sido conferida por el Estado». Se presentan así oficialmente los que se asumen como *grupos vulnerables*, agrupados en jóvenes, mujeres, orientación sexual, adultos mayores –ancianidad–, con discapacidad, extranjeros, y pueblos originarios.

Las conductas que atenten contra dichos grupos vulnerables encuentran, por lo usual, dos esferas de protección en el ámbito de la ejecución penal, previéndose el orden penal y el penitenciario para la sanción de una conducta delictiva constitutiva de actos de discrimina-

---

(26) *Vid.* Ministerio de Justicia/Instituto Nacional Penitenciario: Manual de Derechos Humanos aplicados a la función penitenciaria. Lima, mayo 2008, Disponible on line, en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2\\_uibd.nsf/35B70152F03289C8052577C0006298DA/\\$FILE/Manual\\_De\\_Derechos\\_Humanos.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/35B70152F03289C8052577C0006298DA/$FILE/Manual_De_Derechos_Humanos.pdf)

(27) *Vid.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Política Nacional Penitenciaria y Plan Nacional de Política Penitenciaria... ob. cit., p. 70.

(28) *Vid.* Instituto Nacional Penitenciario: *Manual de Derechos Humanos aplicados a la función penitenciaria*. Punto y Gráfica SAC, Lima, marzo 2018, *passim*.



ción, así como en algunos ordenamientos se prevén, además, si bien no con carácter sancionador sino propiamente tratamental, añadidas acciones de intervención penitenciaria, específicas para tales delitos (29).

En el orden penitenciario inmediato a la comisión de la infracción por una conducta discriminatoria, por parte de un interno en un establecimiento penitenciario, el régimen disciplinario (regulado en el Capítulo II del Título II dedicado al Régimen penitenciario en el Código de Ejecución Penal, específicamente en los artículos 21 y siguientes, así como los artículos 71 y siguientes del Reglamento de Ejecución Penal, que establece las sanciones aplicables a las faltas recogidas en el Código de Ejecución Penal), recoge en el listado de infracciones tan solo la posibilidad, en una interpretación algo forzada, de una falta disciplinaria grave del artículo 25, en su numeral 1.º, «Impedir o entorpecer el tratamiento de los demás internos» (que constituye, en todo caso, una causal demasiado abierta a la interpretación), o en su numeral 9.º: «Agredir a cualquier persona que se encuentre en el Establecimiento Penitenciario» o, en fin, la difusa y arriesgada cláusula abierta del numeral 12.º: «Cometer cualquier otro acto similar previsto en el Reglamento»; podrá ser de menor entidad, asimismo, constitutiva la conducta de una falta disciplinaria leve (ex art. 26), al infringirse la norma con una conducta constitutiva del apartado 3.º: «Emplear palabras soeces o injuriosas en el trato con las demás personas», o incardinada en el apartado 7.º, como cláusula abierta, «incumplir las demás disposiciones sobre el Régimen Penitenciario que establece el Reglamento».

---

(29) En el ámbito penitenciario español, la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias puso en marcha a partir de octubre de 2018, el 'Programa Diversidad: por la igualdad de trato y no discriminación y frente a los delitos de odio' que nace de la necesidad de dar respuesta a una demanda social y también legislativa, tras la reforma del Código Penal en el año 2015, dirigido a aquellas personas condenadas por la comisión de un delito de odio según el artículo 510 y siguientes del Código Penal, que prevén penas de prisión para quienes «fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia». Pero también para aquellos penados por otros delitos con el agravante de «cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otras clases de discriminación», según el artículo 22.4. Se trata de un programa psicoeducativo que se aborda a través de unas 50 sesiones, individuales en un primer momento y grupales posteriormente. El tratamiento consta de cuatro fases: una primera de evaluación; la segunda fase terapéutica propone la intervención contra el autoritarismo, la intolerancia, la baja autoestima o los prejuicios, entre otros; en un tercer momento se seguirán los resultados del tratamiento; la última fase, de justicia restaurativa, propondrá el encuentro entre delincuente y víctima. *Vid.*, al respecto, [http://www.institucionpenitenciaria.es/documents/20126/72836/Documentos\\_20-PROG\\_DIVERSIDAD.pdf](http://www.institucionpenitenciaria.es/documents/20126/72836/Documentos_20-PROG_DIVERSIDAD.pdf)

En relación a la protección penal (30), como ha señalado la Defensoría del Pueblo del Perú: «Si bien es cierto que, en enero de 2017, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Legislativo n.º 1323, que modificó el Código Penal, mejorándose la redacción del tipo penal del delito de discriminación; de otro lado, se despenalizó la figura de la incitación y promoción de actos discriminatorio» (31). Así, desaparecía con la reforma el último párrafo del precepto que «castigaba cuando la incitación o promoción de actos discriminatorios se ha materializado mediante actos de violencia física o mental o a través de internet u otro medio análogo», quedando vigente el artículo 323, como sigue: «El que, por sí o mediante terceros, realiza actos de distinción, exclusión, restricción o preferencia que anulan o menoscaban el reconocimiento, goce o ejercicio de cualquier derecho de una persona o grupo de personas reconocido en la ley, la Constitución o en los tratados de derechos humanos de los cuales el Perú es parte, basados en motivos raciales, religiosos, nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género, idioma, identidad étnica o cultural, opinión, nivel socio económico, condición migratoria, discapacidad, condición de salud, factor genético, filiación, o cualquier otro motivo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de tres años, o con prestación de servicios a la comunidad de sesenta a ciento veinte jornadas. Si el agente actúa en su calidad de servidor civil, o se realiza el hecho mediante actos de violencia física o mental, a través de internet u otro medio análogo, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme a los numerales 1 y 2 del artículo 36».

## V. GRUPOS VULNERABLES EN PRISIÓN

### V.1. Mujeres reclusas

Como afirmara Carmen Antony, «la prisión es para la mujer un espacio discriminador y opresivo. Esto se expresa en el desigual tratamiento recibido y en el significado, muy diferente, que asume el

---

(30) *Vid.*, en relación a los caracteres y consecuencias del artículo 323 con anterioridad a la reforma de 2017, ARDITO VEGA, W.: «El tratamiento penal del delito de discriminación en el Perú: evolución y límites», en *Foro Jurídico*, n.º 14, 2015, pp. 23-31.

(31) *Cfr.* Defensoría del Pueblo: Informe de Adjuntía n.º 001-2018-DP/ADHPD, aportes a la lista de temas relativa a los informes periódicos 22.º y 23.º combinados del Perú ante el Comité para la eliminación de la discriminación racial. Lima, 2018, p. 4.

encierro para las mujeres y para los hombres» (...) Estas mujeres, en suma, constituyen un grupo particularmente vulnerable» (32).

Las mujeres reclusas (ya sean nacionales o extranjeras, inmigrantes, discapacitadas, indígenas) si bien mantienen todos sus derechos reconocidos constitucionalmente, tienen también por ello reconocidas algunas facultades específicas. Así, expresamente no serán objeto de discriminación y estarán protegidas de todas las formas de violencia o explotación, como lo establecen los artículos 1.º, 6.º y 7.º de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y los artículos 2.º y 4.º de la Declaración sobre la violencia contra la mujer.

Como al respecto se ha señalado en el Informe estadístico de marzo de 2019 del INPE: «debe entenderse que la interpretación de las condiciones de encierro de las mujeres se realiza por medio de la legislación nacional, la jurisprudencia y como marco preceptivo, las Reglas de Bangkok y las Reglas Mínimas. Dado que ambas Reglas poseen la naturaleza de norma-principio (al igual que la resocialización), su objetivo radica en alcanzar un marco ideal que garantice la plena vigencia de la dignidad de las personas privadas de libertad; esto supone el esfuerzo continuo de la administración penitenciaria en tratar de seguir tales Reglas, sin que ello esté exento de dificultades e inclusive errores» (33).

De hecho, como se ha señalado, aun existiendo instrumentos de Naciones Unidas que incorporaban preceptos antidiscriminatorios, hasta la aparición de las reglas de Bangkok, «los problemas de las mujeres reclusas en los instrumentos anteriormente señalados, dejaban entrever la falta de conocimiento e interés en un ámbito necesitado de regulación específica» (34). Así, la primera de tales Reglas rescataba tal principio y proscribía la discriminación relativa a las mujeres como sigue: «A fin de poner en práctica el principio de no discriminación consagrado en el párrafo 6 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, se deben tener en cuenta las necesidades especiales de las reclusas en la aplicación de las presentes Reglas. La atención de esas necesidades para lograr en lo sustancial la igual-

---

(32) Cfr. ANTONY, C.: «Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina», en *Nueva Sociedad*, n.º 208, marzo-abril, 2007, pp. 76 y 78

(33) Cfr. Instituto Nacional Penitenciario: *Informe estadístico penitenciario...*, ob. cit., p. 20.

(34) Cfr. CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I.: «La aplicación de las Reglas de Bangkok a la normativa penitenciaria española», en VV.AA. (Sanz Delgado, E. Dir.): *Derecho Penal y Penitenciario. Nuevos Desafíos del sistema penal en el siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Dr. D. Germán Small Arana*. Ideas Solución, Lima, 2015 (1.ª reimpr., mayo 2016), pp. 262 y 263.

dad entre los sexos no deberá considerarse discriminatoria». La traslación de tales derechos a la legislación nacional se convierte en exigencia. Como ha señalado Antony, «se deben aplicar las convenciones y los tratados internacionales, especialmente la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, para lo cual debe corregirse, si fuera necesario, la legislación nacional» (35).

Si atendemos a tales derechos específicos de la mujer en prisión (36), en el ámbito peruano, según el Código de Ejecución Penal, las mujeres en prisión tienen los siguientes derechos: a) Permanecer con sus hijos en el establecimiento penitenciario hasta que ellos cumplan los tres años de edad; b) En el caso de embarazo, a que no se utilice ninguna clase de medios de coerción; c) A estar ubicada en establecimientos penitenciarios separado de la población masculina; d) En caso de internas embarazadas, deberán ser atendidas preferentemente; e) La sanción de aislamiento no puede ser aplicada a mujeres gestantes, hasta seis meses después del parto y a las que tuvieran consigo a sus hijos. La norma sólo plantea la necesidad de llevar adelante acciones de salud dirigidas específicamente a la mujer en lo concerniente a la reproducción (gestación, puerperio, lactancia), sin embargo, no se considera que la salud de las mujeres privadas de libertad requiera además de programas de salud especializados (preventivos y asistenciales), paquetes de medicamentos y servicios específicos, pues el máximo de atención se reduce a afirmar que «la autoridad penitenciaria debe procurar la atención médico-ginecológica de forma permanente» (37). El INPE parece asumir, por ello, que las necesidades de atención de la población masculina son las mismas que las de la población femenina, con lo que resultan perjudicadas (38).

Así, en concreto, en el Código de Ejecución Penal, la singularidad de la situación de las mujeres se recoge en varias facetas específicas. Una es la referida a su ubicación, en lo relativo a la separación de los hombres, recogida en el artículo 11, y en el artículo 95, que prevé los establecimientos de mujeres; otra, es la relativa a la previsión específica, en materia sanitaria, del artículo 81, según la cual: «En los Establecimientos Penitenciarios para mujeres o en los sectores destinados a ellas,

---

(35) Cfr. ANTONY, C.: «Mujeres invisibles: las cárceles femeninas... ob. cit., p. 84.

(36) Vid., desde el ámbito internacional, UNODC; *Handbook in Women and Imprisonment*. 2.<sup>a</sup> ed. Criminal Justice Handbook Series. New York, 2014.

(37) Cfr. Instituto Nacional Penitenciario: *Manual de Derechos Humanos aplicados...*, ob. cit., p. 74.

(38) Cfr. ÁVILA HERRERA, H.J.: «Panorama Nacional: Perú», en VV.AA. (Escobar Roca, G., Dir.): *Sistema penitenciario...*, ob. cit., p. 336.

existe un ambiente dotado de material de obstetricia y ginecología. En los Establecimientos Especiales para madres con hijos, existe un ambiente y materiales necesarios para la atención infantil». La exclusividad del personal femenino intramuros se recoge en el artículo 102 del mismo cuerpo, estableciendo que: «Los Establecimientos de Mujeres están a cargo, exclusivamente, de personal femenino. La asistencia legal, médica y religiosa podrá estar a cargo de varones». Y, por último, en relación con la maternidad, la previsión del artículo 103, que establece la edad mínima del niño para convivir con su madre interna, como sigue: «Los hijos menores llevados al Establecimiento Penitenciario por la interna, podrán permanecer hasta los tres años de edad, previa investigación de la asistencia social, y deben ser atendidos en una guardería infantil. Provisionalmente, pueden permanecer en el Establecimiento Penitenciario, en ambientes separados. Cuando el menor sobrepasa la edad referida, su permanencia futura en el exterior es determinada por quien ejerce la patria potestad o la tutela. En caso de peligro moral, la asistencia social coordina con el Juez de Menores». La regulación reglamentaria que recoge dichos derechos en el artículo 12, permite más situaciones. Las mujeres privadas de libertad tienen derecho a permanecer en el Establecimiento Penitenciario con sus hijos hasta que éstos cumplan tres años de edad, oportunidad en la cual serán entregados a la persona que corresponda de conformidad con la normatividad sobre la materia, o en su defecto se procederá por la vía legal correspondiente a la colocación familiar u otra institución tutelar conforme a lo dispuesto por el Código de los Niños y Adolescentes.

El Reglamento de ejecución penal (Decreto Supremo n.º 015-2003-JUS, de 9 de septiembre de 2003) prevé en su articulado diversas características de la vida penitenciaria de las mujeres en prisión. En primer término, el artículo 11, que recoge los derechos de los reclusos, establece en su apartado 13, el derecho a «contar con un espacio físico adecuado para la atención de los niños en los establecimientos penitenciarios para mujeres. En el caso de embarazo, a que no se utilice ninguna clase de medios de coerción». También en relación con la maternidad en prisión, el artículo 12 dispone que «Las mujeres privadas de libertad tienen derecho a permanecer en el Establecimiento Penitenciario con sus hijos hasta que éstos cumplan tres años de edad, oportunidad en la cual serán entregados a la persona que corresponda de conformidad con la normatividad sobre la materia, o en su defecto se procederá por la vía legal correspondiente a la colocación familiar u otra institución tutelar conforme a lo dispuesto por el Código de los Niños y Adolescentes».

Para las mujeres embarazadas y las madres en prisión, en materia de comunicaciones y visitas, sí existe un trato deferencial hacia las mujeres, al igual que tiene lugar con los/las discapacitados/as, recogido en el artículo 30 que así establece: «Las mujeres embarazadas, las madres con niños menores de tres años, las personas adultas mayores de sesenta años y las personas con discapacidad que vengan de visita, deberán ser atendidas preferentemente. En tal situación, tendrán prioridad en el ingreso y egreso a todo establecimiento penitenciario». Y con carácter protector, en relación a la sanción de aislamiento, el artículo 80 prevé que «no se aplicará la sanción de aislamiento a las mujeres gestantes, a las madres hasta seis meses después del parto, a las que tuvieran consigo a sus hijos y a las personas mayores de sesenta años. En estos casos, el Consejo Técnico Penitenciario deberá optar por otra sanción». De otra parte, en materia de clasificación, el artículo 46.1 establece la separación con respecto a los internos varones.

Finalmente, en los artículos 214-216 del Reglamento se prevé específicamente lo relativo a los «establecimientos de mujeres», a los que no podrán ingresar varones, con excepción de los profesionales de tratamiento y de seguridad y las visitas autorizadas por la dirección del establecimiento penitenciario, acompañadas por personal femenino de la administración penitenciaria. En tales establecimientos se contará con una guardería infantil o área destinada para la madre con hijos hasta los tres años de edad. La madre tendrá una participación activa y directa en el cuidado de sus hijos, salvo cuando las circunstancias no hagan aconsejable dicha participación. Y de no poderse contar con tal local, se acondicionará un ambiente exclusivo para la madre y el niño, bajo la responsabilidad de la dirección.

En este sentido, el propio Instituto Nacional Penitenciario, en su Manual de Derechos Humanos del año 2018, prevé que la singularidad de la reclusión femenina como grupo vulnerable requiere de la implementación de ambientes, con diseño y equipamiento que satisfaga sus necesidades; bajo con un enfoque de disminución progresiva de establecimientos penitenciarios mixtos y traslado a establecimientos penitenciarios solo para mujeres.

## V.2. Orientación sexual

Tratándose de una forma de discriminación histórica (39), la tutela antidiscriminatoria en el ámbito penal y penitenciario ha ampliado su

---

(39) Ya aparecía tal represión datada en la época incaica, cuando se quemaba vivos y en plaza pública a los sodomitas. *Vid.*, al respecto, GARCILASO DE LA VEGA:

espectro en relación a las personas que asumen una diversa opción e identidad sexual o de género, y que han sido, en muchos casos, víctimas de exclusión, violencia o rechazo previas al internamiento, integrando en la actualidad el ordenamiento penitenciario preceptos en favor de esa específica protección jurídica intramuros. En el Perú, la asimilación de condiciones de vida llegó en un primer momento por la equiparación de las visitas íntimas aceptándose las de personas el mismo sexo, al igual que en el ámbito iberoamericano había ocurrido en España y Portugal. Ya en el año 2008 se señalaba por el INPE la obligación de sensibilizar al personal penitenciario para evitar la posible discriminación (40).

El cambio parece haber tenido lugar a partir de la Respuesta del Estado peruano al Informe [CAT/OP-PER/R.1] del Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (SPT), elaborado a partir de la visita realizada al Perú en el año 2013, atendiendo al párrafo 27 del Informe del SPT, que recomendaba la adopción de medidas efectivas para proteger a personas del colectivo LGTBI. Ha habido no obstante que esperar al año 2018 para que se confirme por el INPE que estos internos e internas serán clasificados, «primariamente, de acuerdo con su perfil criminológico y la directiva vigente». Para su ubicación espacial deberán tomarse en cuenta indicadores de vulnerabilidad frente a posibles agresiones por parte de la población penitenciaria; así, «deberá asegurarse su integridad y libertad sexual evitando espacios y pabellones proclives al acoso y al abuso». Asimismo, la persona privada de libertad con una orientación sexual diferente deberá «ser tratada igual que los demás internos(as) y no debe ser objeto de discriminación, en ninguno de los servicios profesionales del establecimiento penitenciario. La autoridad del penal debe protegerlo de posibles maltratos y sensibilizar al personal penitenciario para que no incurra en ningún tipo de discriminación» (41).

La protección estrictamente penal para este grupo se deriva del Decreto Legislativo n.º 1323, de 6 de enero de 2017, que incluyó en el tipo penal de discriminación (art. 323 CP), como motivo prohibido, la orientación sexual e identidad de género, considerándose además dichas causales como circunstancias agravantes de un delito (art. 46

---

*Comentarios reales de los Incas*. Mod. Ed. Antología. Orbis Ventures, Lima, 2005, p. 106.

(40) *Vid.* Instituto Nacional Penitenciario: Manual de Derechos Humanos aplicados a la función penitenciaria..., 2008, ob. cit., p. 92.

(41) *Vid.* Instituto Nacional Penitenciario: Manual de Derechos Humanos aplicados a la función penitenciaria... 2018, pp. 84 y 85.

CP). A su vez, mediante el Decreto Legislativo n.º 1325 se estableció que se deberá garantizar que la población penitenciaria vulnerable reciba tratamiento especializado e integral, en particular por razones de identidad de género, orientación sexual, étnica racial, así como a las internas, sus hijos e hijas menores, los dependientes de drogas, extranjeros y extranjeras, internos e internas adultos mayores y personas con discapacidad.

De modo general, con la posibilidad de que ello pueda tener cierto reflejo en el ámbito penitenciario, el Ministerio de Justicia ha iniciado la elaboración del nuevo Plan Nacional de Derechos Humanos 2017-2021 (PNDH 2018-2021), que incorpora, entre otros, a la población LGBTI como grupo en situación de especial protección, que enfrenta violencia y discriminación en la sociedad, agravada por su normalización e invisibilización, motivo por el cual, prevé objetivos y acciones estratégicas para contribuir al «cumplimiento de las políticas públicas diseñadas por el Estado e incluidas en diversos instrumentos normativos creados para la protección de este grupo poblacional». Tales objetivos y acciones están referidos a garantizar los derechos a una vida sin discriminación y violencia, el reconocimiento de su identidad de género y el acceso a servicios de salud. «A juicio de la Defensoría, estos constituyen obligaciones que el Estado ha asumido y no simples enunciados declarativos sin fuerza vinculante» (42).

### V.3. Personas con discapacidad

Naciones Unidas desde la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 (43), ha venido a establecer que «las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». La definición ofrecida desde el Instituto Nacional Penitenciario del Perú, cambia la expresión «a largo

---

(42) *Cfr.* Defensoría del Pueblo: «A dos años del Informe defensorial n.º 175. Estado actual de los derechos de las personas LGTBI». Informe de Adjuntía n.º 007-2018-DP/ADHPD. Lima, 2018, p. 11.

(43) Véase al respecto Naciones Unidas. Derechos Humanos (Oficina del Alto comisionado. América del Sur): Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Disponible en: <https://acnudh.org/hoja-informativa-convencion-internacional-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad/>, o en relación a los Materiales de Capacitación profesional n.º 15. New York/Ginebra, 2008, Disponible en: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/AdvocacyTool\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/AdvocacyTool_sp.pdf)



plazo», por la de «carácter permanente», que interpretado textualmente pareciera una exigencia superior, afirmando que la persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás (44).

Los reclusos que estén enfermos o padezcan alguna discapacidad física o mental (pero no requieran hospitalización) deben, por ello, situarse en un entorno donde dispongan del personal de apoyo y los servicios adecuados. No obstante, como ha señalado Sanz Delgado, atendiendo a las particularidades de un establecimiento penitenciario, «son incuestionables las dificultades que tal reestructuración física implicaría en la mayor parte de los establecimientos penitenciarios para su adecuada accesibilidad, diseñados conforme a evidentes criterios de seguridad» (45). Ha de prevalecer, en todo caso, el principio de ajuste razonable, de manera que se posibiliten, como se señala en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. 2007. A/RES/61/106, «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida [...] para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales».

Según las Orientaciones Técnicas de Naciones Unidas, «las consideraciones de diseño para los reclusos ancianos resultan igualmente adecuadas para los reclusos con dificultades de movilidad y movimiento, incluidas las relativas a los módulos de una sola planta y a la accesibilidad, por ejemplo, con la instalación de puertas anchas, barras de sujeción y otras medidas señaladas anteriormente» (46). Recientemente, la ministra del ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables del Gobierno peruano, a este respecto, afirmaba: «En ese contexto, es indispensable que cada uno de nosotros –especialmente las y los servidores públicos– tengamos la capacidad de ponernos en su lugar para comprender las barreras que enfrentan día a día en una sociedad

---

(44) *Vid.* Instituto Nacional Penitenciario: *Manual de Derechos Humanos aplicados a la función penitenciaria...*, 2018, ob. cit., pp. 79 y 80.

(45) *Cfr.* SANZ DELGADO, E.: «Tutela antidiscriminatoria y vulnerabilidad...», ob. cit., p. 85.

(46) *Cfr.* UNOPS (Oficina de Naciones Unidas de Servicios para Proyectos): *Orientaciones técnicas para la planificación de establecimientos penitenciarios. Consideraciones técnicas y prácticas basadas en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela)*. Copenhague, 2016, p. 45.

que aún no les brinda las mismas oportunidades que requieren y merecen. En ese marco, desde el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y del Conadis, en este día tan especial, ratificamos nuestro compromiso para aprobar la Política Nacional para las Personas con Discapacidad, fortalecer el Sistema Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad y, en el corto plazo, iniciar el procedimiento para el nombramiento de la persona que asuma la Presidencia Ejecutiva del Conadis (Consejo Nacional para la Integración de la persona con discapacidad), garantizando la transparencia e institucionalidad que la entidad requiere. Asimismo, nos hemos propuesto mejorar la calidad de la atención y de los servicios para esta población, en especial desde el Conadis, el Inabif, entre otros. Queremos servicios eficientes, cálidos, oportunos y que tengan como centro de la acción pública a la persona con discapacidad» (47). Se advierten, por tanto, avances en el Perú en materia de tutela antidiscriminatoria, por cuanto como señala Ardito Vega, desde el año 2000 la discriminación es delito y desde el año 2006 los responsables pueden recibir pena de prisión efectiva por ello. No obstante, si bien se han producido varias condenas, éstas han quedado en prisión suspendida, siempre por casos de discriminación por discapacidad (48).

Desde un punto de vista organizativo penitenciario, las personas privadas de libertad con discapacidad, sea física o mental, deberán ser clasificadas en la medida de lo posible en ambientes que les permitan llevar una convivencia pacífica y un desenvolvimiento cotidiano sin dificultades. Según las indicaciones del INPE, deberán tener preferencia en los ambientes del primer piso. En cuanto a las labores de apoyo con los internos, se prevé que sea la trabajadora social del establecimiento penitenciario la que se encargue a fin de que aquéllos/as puedan inscribirse en el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad, y obtengan las prerrogativas que por la Ley les asisten.

La discapacidad como condición objeto de protección, es así también recogida en el Reglamento del Código de Ejecución Penal en materia de visitas en el establecimiento, en el artículo 30 que dispone: «Las mujeres embarazadas, las madres con niños menores de tres años, las personas adultas mayores de sesenta años y las personas con discapacidad que vengán de visita, deberán ser atendidas preferentemente. En tal situación, tendrán prioridad en el ingreso y egreso a todo

---

(47) Cfr. MONTENEGRO, G.: «Compromiso con las personas con discapacidad», entrevista en *Diario Oficial El Peruano*, 4 de diciembre de 2019

(48) Vid. ARDITO VEGA, W.: «Patrones de la discriminación en el Perú...», ob. cit., p. 13.

establecimiento penitenciario». Asimismo, en el artículo 45, referido a la ficha de identificación del interno, la misma ha de incorporar la información relativa a su discapacidad, siendo el fundamental artículo 48 el que prevé la específica actuación administrativa para «adoptar las medidas necesarias que les facilite el acceso, movilidad y desplazamiento en las instalaciones del establecimiento penitenciario». A diferencia de lo que prevé el INPE en su *Manual de derechos humanos aplicado a la función penitenciaria*, el precepto legal concretamente habla de obligatoriedad y no de preferencia, lo que exige un mayor compromiso de adaptabilidad y accesibilidad. Así, se dispone: «Las personas con discapacidad motora en las extremidades inferiores serán ubicadas obligatoriamente en un ambiente del primer piso». El mismo precepto dispone que «la administración penitenciaria preverá que los ambientes en donde se recluyan a las personas con discapacidad, los tópicos de salud y los servicios básicos, se encuentren acondicionados y ubicados en los primeros pisos de los establecimientos penitenciarios». La remisión normativa posterior a los criterios de accesibilidad previstos en la, por entonces vigente, Ley n.º 27.050, Ley General de la Persona con Discapacidad, y en el Decreto Supremo n.º 003-2000-PROMUDEH, Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad y demás normas pertinentes, para la determinación de las características, especificaciones y dimensiones de los ingresos a pabellones, zonas de recreo y servicios de los establecimientos penitenciarios, supone un esfuerzo de correlación, que se entiende renovado tras la promulgación de la más completa, exigente y reciente Ley General de la Persona con Discapacidad (49), Ley n.º 29.973, de 13 de diciembre de 2012 con su Reglamento de desarrollo, Decreto Supremo n.º 002-2014-MIMP. El artículo 49, referido a la gestión de los datos de personas con discapacidad, es el último del articulado relativo a este grupo vulnerable, si bien la Disposición Transitoria Tercera dispuso la obligación de la Administración penitenciaria de adecuar progresivamente las instalaciones penitenciarias, conforme con los criterios de accesibilidad previsto en la Ley y el Reglamento citados.

### V.3.1 DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y SALUD MENTAL

Desde demasiados años atrás, las crónicas, investigaciones e informes acerca de la realidad penitenciaria, han documentado que el por-

---

(49) *Vid.* Normativa disponible (Publicación oficial, séptima reimpresión febrero de 2020) en: [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/534697/Ley29973\\_2020\\_VFdigital.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/534697/Ley29973_2020_VFdigital.pdf).

centaje de personas con trastornos mentales, entre las personas privadas de libertad en establecimientos penales, es superior al de la población general. Ello lo convierte en una cuestión de alcance, previa al internamiento, pero ineludible durante el mismo por el deterioro intelectual que el encierro puede ocasionar en la persona del recluso. Así, como han señalado Taylor y Williams, «los efectos nocivos de la vida en las cárceles sobre el bienestar mental son, y siguen siendo, un asunto apremiante para las autoridades penitenciarias y el personal dedicado al apoyo y el tratamiento de los presos preventivos y condenados» (50). Y es que, la excesiva presencia de personas con patologías y problemas de salud mental en los establecimientos penitenciarios se ha convertido en una indeseada constante, advertida en numerosos sistemas (51), y el peruano no pareciera una excepción.

---

(50) *Vid.*, al respecto, TAYLOR, P./WILLIAMS, S.: «Sentencing Reform and Prisoner Mental Health», en *Prison Service Journal*. January 2011, p. 43.

(51) Relacionado con el ámbito de la seguridad intrapenitenciaria, en relación al alto índice de personas con patologías ingresadas en prisión, y manifestando su preocupación respecto a la que denomina la gran asignatura pendiente del sistema en la ejecución penal, *vid.*, recientemente, SANZ DELGADO, E.: «De la disciplina a la seguridad integral. Los medios coercitivos y la homeostasis penitenciaria», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Vol. LXXII, 2019, pp. 399 y 400; con anterioridad, *vid.* entre otros, BARRIOS FLORES, L.F./LÓPEZ LÓPEZ, A.: «Asistencia psiquiátrica durante la prisión preventiva», en *Diario La Ley*, n.º 5459, 14 de enero 2002; los mismos: «El psiquiatra penitenciario. Una aproximación crítica», en *Diario La Ley*, n.º 5612, septiembre 2002; ARÓSTEGUI MORENO, J.: «La salud mental de las personas privada de libertad en los establecimientos penitenciarios». Ponencia, Salamanca, 4 noviembre de 2005, (Disponible en: <http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=1119>; el amplio, evolutivo y documentado trabajo de BARRIOS FLORES, L.F.: «Origen, evolución y crisis de la institución psiquiátrico penitenciaria», en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Vol. 27, n.º 2, Madrid, 2007, pp. 473-500 (Disponible en: <http://scielo.isciii.es/pdf/neuropsiq/v27n2/v27n2a16.pdf>); LEGANÉS GÓMEZ, S.: «Enfermedad mental y delito (Perspectiva jurídica y criminológica)», en *La Ley Penal*, n.º 76, noviembre 2010; Fundación Abogacía Española: «Los enfermos mentales en el sistema penitenciario. Un análisis jurídico», (disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/10/INFORME-Enfermedad-mental-e-instituciones-penitenciarias.pdf>); en relación con la psicopatía, ZABALA BAÑOS, C.: Prevalencia de trastornos mentales en prisión: análisis de la relación con delitos y reincidencia. Premio Nacional Victoria Kent, 2.º Accésit, año 2016, Secretaría General Técnica, Ministerio del Interior, Madrid, 2017, *passim*; una interesante aproximación jurisprudencial a las «unidades psiquiátricas» reguladas en el Reglamento Penitenciario, e inexistentes en la práctica, y atendiendo al Programa de Atención Integral a Enfermos Mentales, y al cumplimiento en prisión de penados con enfermedad mental o discapacidad, puede verse en GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P.: «Enfermedad mental y prisión. A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 84/2018, de 16 de julio», en *Diario La Ley*, n.º 9285, 2018, *passim*; desde una perspectiva más global y americana, PINZÓN ESPITIA, O.L./MEZA VELANDÍA, S.P.: «Prestación de servicios de salud de las personas privadas de la libertad», en *Archivos*

Desde un punto de vista genérico, por Naciones Unidas se ha señalado que el término deficiencia mental abarca una amplia gama de condiciones diferentes y en especial dos tipos de condiciones, las discapacidades psiquiátricas y las intelectuales, las cuales son distintas en sus causa y efectos (52). La tutela antidiscriminatoria desde un punto de vista internacional encuentra un importante foco de atención respecto de los internos en estas circunstancias, no tan solo en los centros penitenciarios donde permanecen porcentajes no desdeñables de reclusos con dichas afecciones, sino también en los centros especializados psiquiátricos. De ahí que Naciones Unidas haya presentado el incremento del riesgo de discriminación en tales entornos, como sigue: «La discriminación y estigmatización que encontramos en personas con deficiencias mentales por parte del público en general se magnifican en el entorno cerrado de los recintos penitenciarios. A menudo, los demás reclusos no están dispuestos a asociarse con los reclusos con deficiencias mentales debido a falsas ideas y temores similares que la mayoría de la gente en la sociedad tiene respecto a ellos. Esto puede llevarles al aislamiento y a un mayor deterioro de su salud mental, así como a una mayor estigmatización» (53).

Tal consideración se hace extensiva incluso respecto del comportamiento exigible al personal penitenciario ante los sujetos privados de libertad con estas patologías, y así Naciones Unidas ha considerado que «las mismas posturas son compartidas con frecuencia por el personal del recinto penitenciario, lo que dificulta la formación de una relación positiva y constructiva entre el personal y los reclusos con necesidades de cuidado de la salud mental, y de esta manera perpetúa la falta de comprensión sobre la situación de dichos reclusos. También es posible que el mismo personal del cuidado de la salud discrimine a esos pacientes con deficiencias mentales puesto que pueden ser vistos como los reclusos más problemáticos, que requieren de más tiempo y atención, o porque no sean capaces de comunicar con facilidad sus problemas y necesidades. Es posible que la discriminación tenga un

---

*de Medicina*, Vol. 14, n.º 2:6, 2018, pp. 1-6 (Disponible en: <http://www.archivosde-medicina.com/medicina-de-familia/prestacioacuten-de-servicios-de-salud-de-las-personas-privadas-de-la-libertad.pdf>, incorporando bibliografía anglosajona: notas al pie 18-31).

(52) *Cfr.* UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito): Manual sobre reclusos con necesidades especiales. Series Manuales de Justicia Penal. New York, 2009, p. 8 (Disponible en: [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/MANUAL\\_RECLUSOS\\_CON\\_NECESIDADES\\_ESPECIALES\\_1.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/MANUAL_RECLUSOS_CON_NECESIDADES_ESPECIALES_1.pdf)).

(53) *Cfr.* UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito): Manual sobre reclusos con necesidades especiales... ob. cit., p. 15.

impacto en el acceso por parte de los reclusos a los programas educacionales y de capacitación vocacional, así como a todos los servicios proporcionados en los recintos penitenciarios. Los reclusos con deficiencias mentales suelen ser discriminados en la aplicación de medidas disciplinarias, lo cual es de gran preocupación» (54).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, establecía en 2008, en sus *Principios y Buenas Prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad* (OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26), en su apartado 3.º, los estándares exigibles y las medidas especiales para las personas con discapacidades mentales, señalando que «los sistemas de salud de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, una serie de medidas en favor de las personas con discapacidades mentales, a fin de garantizar la gradual desinstitucionalización de dichas personas y la organización de servicios alternativos, que permitan alcanzar objetivos compatibles con un sistema de salud y una atención psiquiátrica integral, continua, preventiva, participativa y comunitaria, y evitar así, la privación innecesaria de la libertad en los establecimientos hospitalarios o de otra índole. La privación de libertad de una persona en un hospital psiquiátrico u otra institución similar deberá emplearse como último recurso, y únicamente cuando exista una seria posibilidad de daño inmediato o inminente para la persona o terceros. La mera discapacidad no deberá en ningún caso justificar la privación de libertad». De igual modo, la misma Comisión ha precisado que «la incomunicación de un discapacitado mental en una institución penitenciaria, puede constituir una violación aún más grave de la obligación de proteger la integridad física, psíquica y moral de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado».

De modo general, en el Perú, el Reglamento de Ejecución Penal establece en su artículo 11 que todo interno a su ingreso a un Establecimiento Penitenciario tiene derecho a: «11.1 Mantener o recuperar el bienestar físico y mental». Para los supuestos de enfermedad mental, el artículo 134 del mismo cuerpo reglamentario prevé la autorización de familiares directos para el tratamiento intramuros, cuando el paciente no pudiera otorgarlo. Y, de modo más específico, en cuanto a su ubicación, la Sección II del Reglamento destinada a los Establecimientos especiales, caracterizados por prevalecer el carácter asistencial, en relación con las medidas de seguridad aplicables a dichos internos, se prevé, en el artículo 217, que la administración penitenciaria deberá: «Implementar en las áreas de salud, los anexos psiquiá-

---

(54) Cfr. UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito): *Manual sobre reclusos con necesidades especiales...*, ob. y loc. cit.

tricos, para el tratamiento de los internos e internas sujetos a una medida de seguridad, cuando no sea posible la hospitalización en un centro de salud mental».

La previsión más reciente del Instituto Nacional Penitenciario respecto a los que denomina internos con problemas psiquiátricos, pasa por ubicarlos en pabellones o ambientes especiales, para así recibir atención médica especializada. Como directriz específica para el personal penitenciario, se señala que éste deberá respetar los derechos y la dignidad de los mismos. Así también, «deberá velar para que éstos no sean maltratados ni vejados física o psicológicamente por algún otro interno u otra persona» (55).

#### V.4. Personas extranjeras

Debido, entre otras razones, a sus diferencias con la mayoría de los internos de la comunidad de destino, en muchos casos socio-culturales, a sus necesidades especiales y, en muchas instancias, por su aislamiento y dificultades de comunicación e integración (56), los extranjeros y, entre los mismos, los migrantes, así como las minorías étnicas o indígenas, constituyen categorías de reclusos vulnerables que merecen una especial consideración y protección específica. Su vulnerabilidad deviene, en gran parte, de no tener acceso a los vínculos familiares y a la red de apoyo de que disponen por lo usual otros presos (57). La mayoría de estos internos, por otra parte, no son propicios a acogerse a los convenios de intercambio de presos, por ser onerosos y para no ser expuestos a la censura social en sus países.

Ya en la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General en New York, el 13 de septiembre de 2007, se establecieron al respecto diversos preceptos que fomentan y reiteran la tutela antidiscriminatoria, como en su artículo 2 que explícitamente señala: «los pueblos y las personas indígenas son libres

---

(55) Cfr. Instituto Nacional Penitenciario: *Manual de Derechos Humanos aplicados a la función penitenciaria...*, 2018, ob. cit., p. 83

(56) En tales supuestos, como ha señalado De la Cuesta Arzamendi, «objetivo inicial de toda política penitenciaria debería ser vencer la incomunicación que, aislando al individuo, tantas veces acaba resultando en indefensión y hasta en desestructuración». Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: «Extranjería y privación de libertad», en *Revista de Estudios Penitenciarios*. n.º Extra, Homenaje al Profesor Francisco Bueno Arús, 2006, p. 55.

(57) Vid. *Reforma Penal Internacional: Manual de Capacitación n.º 1: Derechos Humanos y prisioneros vulnerables*. París, octubre 2003, p. 43 (Disponible en: <https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2013/06/man-hr1-2003-vulnerable-prisoners-es.pdf>).

e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular la fundada en su origen o identidad indígenas». En segundo término, se abordan las barreras idiomáticas y el artículo 13 establece que «los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados».

Desde una visión internacional afirmando las buenas prácticas penitenciarias en el Manual regional publicado por la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, se ha afirmado que «la integración de ese colectivo de extranjeros en los países de destino va a suscitar, de un lado, numerosos problemas de convivencia y de adaptación socio-económica, sobre todo, reflejada en conflictos culturales que pueden desencadenar, incluso, drásticas reacciones como el racismo y la xenofobia. Por otro lado, este encuentro cultural conlleva un conflicto axiológico entre los diversos intereses de ambos grupos, el nacional, hegemónico y el extranjero, minoritario» (58).

En la actualidad, según los datos del INPE de marzo de 2019, aproximadamente el 2% de la población penitenciaria está conformada por reclusos de distintas nacionalidades. En esa fecha el número de extranjeros en los establecimientos penitenciarios peruanos era de 1.854 internos, de entre los cuales 1.608 son varones y 246 mujeres. Como se admite en el Informe estadístico, entre las características propias de los internos extranjeros se encuentra que «muchos de ellos no conocen el idioma castellano, desconocen el sistema judicial peruano, y se encuentran lejos de sus familias que podrían ayudarlos económica y afectivamente» (59), lo que supone un grado de vulnerabilidad y un factor de posible discriminación.

La respuesta del ordenamiento penitenciario peruano respecto de este tipo de internos se advierte en una remisión normativa del Código de Ejecución Penal peruano, que tan solo se refiere a los extranjeros en la Exposición de motivos en la parte relativa al Régimen penitenciario, delegando al Reglamento de Ejecución Penal lo concerniente a este grupo de reclusos y en la posibilidad de expulsión (artículo VII del Título Preliminar). Será pues la normativa reglamentaria la que

---

(58) Vid. AIDEF (Asociación Interamericana de Defensorías Públicas): *Manual Regional de Buenas Prácticas Penitenciarias. Documento de trabajo n.º 37*. Eurosocial Ed. Madrid, noviembre de 2015, p. 276.

(59) Cfr. Instituto Nacional Penitenciario: *Informe estadístico, 2019...*, ob. cit., p. 48.



recoge, en relación a las comunicaciones de los internos extranjeros en el artículo 11.9 (relativo a los derechos de los internos en el momento de ingreso en un establecimiento penitenciario), el derecho a «comunicar inmediatamente a su familia o abogado dentro de las 24 horas, su ingreso o traslado de otro Establecimiento Penitenciario. En el caso de los internos extranjeros, esta comunicación deberá hacerse también a su representante diplomático o consular». Asimismo, en el artículo 36 se establece: «Los internos extranjeros podrán comunicarse y ser visitados por los representantes diplomáticos o consulares de su país de origen o con las personas que ellos designen. Los internos extranjeros cuyos países no tengan Representantes Diplomáticos o Consulares acreditados ante el Estado Peruano, podrán comunicarse con el Representante Diplomático del Estado que se haya hecho cargo de sus intereses o en su defecto con representantes de Organismos Internacionales». Y en materia de separación o clasificación interior, se recoge en el artículo 46: «La clasificación de los internos se efectuará en lo posible en grupos homogéneos diferenciados de acuerdo a los siguientes criterios: (...) 46.9: Los extranjeros de los nacionales».

La tutela específica de tal grupo vulnerable, desde el punto de vista del aseguramiento del derecho a la tutela judicial efectiva, se señalaba por la Defensoría del Pueblo, publicándose en 2011, en relación con las personas migrantes que llegaban al Perú, la cartilla de difusión «Orientación legal para personas extranjeras privadas de libertad en el Perú. Promoviendo cárceles justas» (60). Y posteriormente, en el año 2015, aunque referido al ámbito administrativo general, se divulgaban, también por la Defensoría, una serie de casos, atendiendo a las deficiencias de la regulación normativa y destacándose situaciones concretas de vulneración de la igualdad y del principio de no discriminación (61).

Específicamente en relación a las mujeres extranjeras sometidas a reclusión, desde el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se advierte que los servicios que brinda la Defensa Pública y Acceso a la Justicia a favor de los internos privados de libertad, es necesario fortalecerlo a través de la especialización de los Defensores Públicos en la atención a mujeres extranjeras y jóvenes de entre los 18 y 24 años de

---

(60) Vid. Defensoría del Pueblo: *Orientación legal para personas extranjeras privadas de libertad en el Perú. Promoviendo cárceles justas*. Lima, septiembre de 2011 (Disponible en: [https://www.defensoria.gob.pe/blog/wp-content/dp\\_uploads/cartillaext.pdf](https://www.defensoria.gob.pe/blog/wp-content/dp_uploads/cartillaext.pdf)).

(61) Vid. Defensoría del Pueblo: *Tratamiento de las personas extranjeras en el Perú. Casos conocidos por la Defensoría del Pueblo*. Serie de Informes de Adjuntía - Informe n.º 009-2014-DP/ADHPD. Lima, marzo de 2015, pp. 74 y 75.

edad, que se encuentren privados de libertad en los Establecimientos Penitenciarios a nivel nacional, dictándose un protocolo como herramienta de gestión, a modo de manual para la defensa, que recoge, además de las características propias del régimen penitenciario peruano y la prohibición de discriminación (62), específicamente las principales necesidades identificadas del colectivo de mujeres reclusas extranjeras recluidas en establecimientos penitenciarios, que a grandes rasgos se pueden enumerar en: contar con un traductor, asesoría legal y comprensible en materia de beneficios penitenciarios, derecho procesal penal y salidas alternativas procesales, espacios adecuados para el cuidado de sus hijos, el mantenimiento del vínculo con su familia y la disposición de medicación apropiada (63).

La especial atención a los migrantes, desde el ámbito general administrativo, ha sido también recogida en normativas recientes. Así, queda de manifiesto en el Decreto Legislativo de Migraciones, n.º 1350 de 6 de enero de 2017, en su título preliminar relativo a los principios informadores y en su artículo VIII, el principio de no discriminación, señalando que «el Estado promueve la abolición de todo tipo de discriminación, y la eliminación de todo tipo de prejuicio en materia migratoria, y rechaza de manera especial la xenofobia y el racismo». Aun tratándose de una disposición de carácter administrativo, la percepción estatal de la vulnerabilidad de las personas migrantes extranjeras, se recoge asimismo en el artículo 11, que dispone que «Migraciones y el Ministerio de Relaciones Exteriores, ponen en conocimiento de las autoridades competentes las situaciones de vulnerabilidad en que se encuentran las personas migrantes, para la adopción de las acciones administrativas o jurisdiccionales que correspondan para la protección de sus derechos».

## V.5. Minorías y grupos étnicos

De modo genérico, la situación de las minorías étnicas en el ámbito penal y penitenciario en Latinoamérica, se incardinan en una realidad social que, tan solo recientemente, parece haber sido abor-

---

(62) Vid. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia): *Protocolo para la defensa pública relativo al acceso a la justicia de jóvenes y mujeres extranjeras privados de libertad*. Lima/Madrid, 2014, p. 62.

(63) Vid. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia): *Protocolo para la defensa pública...*, ob. cit., pp. 35-38.

dada con mayores garantías desde los ordenamientos constitucionales y punitivos de la región (64). Ello le llevaba al criminólogo británico de la Universidad de Kent, Roger Matthews, a expresar: «Si examinamos la situación de las mujeres, jóvenes y minorías étnicas, la problemática de las bandas, el hacinamiento y los problemas de seguridad en las prisiones latinoamericanas, resulta comprensible tener una visión pesimista y, en algunas ocasiones, cínica acerca de la viabilidad de una reforma penitenciaria» (65). Lo que parece no obstante una evidencia, es que la discriminación, patente en la sociedad libre en relación a las diferencias raciales o étnicas, encuentra un reflejo más gravoso en el ámbito carcelario.

Las políticas públicas impulsadas desde Naciones Unidas, se han enfocado a los Planes nacionales de actuación, cuyo propósito fundamental es promover y proteger mejor los derechos de las personas y los grupos que sufran discriminación racial y promover la comprensión mutua entre los diferentes grupos en un Estado determinado. Para ello, se atiende al «derecho a la igualdad y a la no discriminación basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico en el contexto de las políticas públicas, es decir, el establecimiento de objetivos prácticos, la preparación de programas y actividades para

---

(64) La Defensoría del Pueblo del Perú, daba noticia, con palabras de su máxima representante Beatriz Merino Lucero en septiembre de 2007 como sigue: «La existencia de prácticas discriminatorias en nuestra colectividad es amplia y frecuente, sus manifestaciones se encuentran presentes en la mayoría de las interacciones sociales. Sin embargo, frente a esta situación, el Estado no ha desplegado una política consistente y eficaz que permita revertir esta problemática. Las políticas públicas que deberían estar destinadas a eliminar las desigualdades y las inequidades han resultado insuficientes y, en algunos casos, han contribuido a preservarlas. En efecto, la actual previsión del gasto y asignación de prioridades en temas como la educación, la salud, el transporte público, el agua potable y saneamiento, no permiten a las poblaciones de zonas rurales, urbano marginales y de escasos recursos económicos, acceder adecuadamente al disfrute de sus derechos». *Cfr.* Defensoría del Pueblo: *La discriminación en el Perú. Problemática, normatividad y tareas pendientes. Serie documentos defensoriales. Doc. n.º 2, Lima, 2007, p. 8, dando noticia de casos concretos de discriminación por razones de raza o identidad étnica (pp. 102-107); preocupación por tales grupos que no ha cesado desde la Defensoría, publicándose en 2018 el Informe de Adjuntía n.º 001-2018-DP/ADHPD, aportes a la lista de temas relativa a los informes periódicos 22.º y 23.º combinados del Perú ante el Comité para la eliminación de la discriminación racial, pp. 7 y ss.; como asimismo ha señalado Martín Santos, «En el caso peruano, los estudios sobre la presencia y vigencia de diferentes formas de discriminación han venido creciendo aceleradamente en los últimos quince años». *Cfr.* SANTOS, M.: «La discriminación racial, étnica y social en el Perú: Balance crítico de la evidencia empírica reciente», en *Debates en Sociología*. n.º 39, 2014, p. 7.*

(65) *Cfr.* MATTHEWS, R.: «Una propuesta realista de reforma para las prisiones en Latinoamérica», en *Política criminal*. Vol. 6, n.º 12, diciembre de 2011, p. 333 (Disponible on line: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/politcrim/v6n12/art03.pdf>).

asegurar el logro de estos objetivos, la participación de todos los sectores pertinentes del gobierno y la sociedad y la asignación de recursos suficientes, todo ello con el objetivo de eliminar la discriminación racial» (66). Y, entre dichos planes de acción contra la discriminación racial, además del logro de una «mayor conciencia y conocimiento de las normas internacionales de lucha contra la discriminación racial por parte de los funcionarios públicos, incluido el personal de la administración de justicia, en particular en las fuerzas del orden, los servicios de prisiones y seguridad» (67), se busca establecer la prioridad de la tutela respecto de aquellos grupos de individuos que, al mismo tiempo de ser víctimas de discriminación racial, pueden sufrir mayores efectos «por parte de funcionarios del orden público, incluidos los servicios penitenciarios y de seguridad (policía, funcionarios penitenciarios, militares, otras fuerzas de seguridad)» (68).

En este sentido, como referencias inexcusables, el artículo 5.º apartados a) y b), y el artículo 6.º, ambos de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, y que entró en vigor el 4 de enero de 1969, obligan desde entonces a los Estados partes a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, linaje, color u origen nacional o étnico, particularmente en el goce del derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia (art. 5 a), a promover el derecho a la seguridad personal y a la protección del Estado contra todo acto de violencia o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o por cualquier individuo, grupo o institución. También se obliga a los Estados a asegurar a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos, ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones del Estado, contra todo acto de discriminación racial (art. 6).

En la sociedad peruana, según se señalaba en la Primera Encuesta Nacional Percepciones y Actitudes Sobre Diversidad Cultural y Discriminación Étnico-Racial, elaborada por el ministerio de Cultura

---

(66) Cfr. Naciones Unidas (Oficina del Alto Comisionado): *Elaboración de planes nacionales de acción contra la discriminación racial. Guía Práctica*. New York/Ginebra, 2014, p. 15 (Disponible, on line, en: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-13-03\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-13-03_sp.pdf))

(67) Cfr. Últ. ob. cit., p. 17.

(68) Cfr. Naciones Unidas (Oficina del Alto Comisionado): *Elaboración de planes nacionales...*, ob. cit., p. 84.

peruano en el año 2017, las principales causas señaladas son el color de la piel (28%), nivel de ingresos (20%), rasgos faciales o físicos (17%), lugar de procedencia (16%), forma de hablar (15%), costumbres (14%), vestimenta (12%) y grado de educación (11%). Asimismo, el 53% de los encuestados considera que los peruanos son muy racistas o racistas (69). El sondeo demuestra que en el Perú el problema se encuentra muy asociado a la raza y a la condición étnica o social y, desde una perspectiva genérica o social, que podrá verse agravada en el ámbito carcelario por las tensiones propias de dichos entornos, la poblaciones quechua y aimara son usualmente discriminadas (según el 59% de los encuestados) o muy discriminadas, siendo las principales causas o razones esgrimidas, su forma de hablar, vestimenta e idioma o lengua que hablan. De igual modo, el 60% percibe que la población afroperuana es discriminada o muy discriminada siendo las principales causas su color de piel, sus rasgos faciales o físicos y porque son asociados a la delincuencia. En relación a la población indígena o nativa, el 57% percibe que la población indígena o nativa de la Amazonía, es discriminada o muy discriminada por su forma de hablar, vestimenta y rasgos faciales o físicos (70).

El Reglamento del Código de Ejecución Penal peruano, en referencia a las comunidades campesinas o nativas, fue sensible a dicha realidad y posible discriminación, plasmando un criterio proteccionista y garantista en el artículo 47, que al efecto dispone: «Si la persona privada de libertad es integrante de una comunidad campesina o nativa, la administración penitenciaria deberá incorporar dicha información en su Ficha de Identificación y adoptar las medidas necesarias a efectos de asignarle una ubicación en el establecimiento penitenciario que garantice su integridad física y mental e impida alguna agresión a su derecho a preservar su identidad étnica y cultural. La ubicación asignada no debe significar su aislamiento respecto al resto de los internos». Asimismo, el artículo 49 del mismo cuerpo regla-

---

(69) Cfr. Ministerio de Cultura: Primera Encuesta Nacional, percepciones y actitudes sobre diversidad cultural y discriminación étnico-racial. Principales resultados. Lima, 2018, pp. 7 y ss. (Disponible en: <https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/primeros-resultados-encuesta-discriminacion.pdf>); asimismo, puede verse el recordatorio de dicha circunstancia en noticia del Diario Oficial *El Peruano*, en fecha de 9 de enero de 2020. Anteriormente, acerca de las experiencias de discriminación en la vida cotidiana peruana, vid. SANTOS, M.: «La discriminación racial, étnica y social en el Perú: Balance crítico de la evidencia empírica reciente», en *Debates en Sociología*, n.º 39, 2014 pp. 23 y ss.

(70) Vid. Ministerio de Cultura: Primera Encuesta Nacional, percepciones y actitudes..., ob. cit., p. 10.

mentario dispone la gestión de la información relativa a los internos integrantes de una comunidad campesina o nativa.

A pesar de la vigencia de la regulación penal recogida en el artículo 323 CP, no se advierten estadísticas de porcentajes relevantes de condenas en esta materia, salvo en muy determinados supuestos. La razón de tal mínima incidencia proviene del Ministerio de Cultura que atribuye esta paradoja a la normalización de los actos racistas, la vergüenza de las víctimas de hacerlos públicos, el desconocimiento de los mecanismos de denuncia, la dificultad de contar con medios probatorios y la ausencia de una cultura de sanción (71).

## V.6. Personas con VIH/SIDA y/o tuberculosis

Internacionalmente se ha señalado, como grupo vulnerable de entre las personas privadas de libertad, a los sujetos que padecen enfermedades contagiosas (hepatitis, tuberculosis) y aquellos otros infectados por el Virus VIH/SIDA. Las personas privadas de libertad que padecen algún tipo de enfermedad contagiosa, sufren así un doble estigma, tanto por la privación de libertad que supone la cárcel, pero sobre todo por el tipo de enfermedad (72). Así, desde Naciones Unidas se advertía en 2007 que «el VIH/SIDA constituye una grave amenaza sanitaria para la población penitenciaria de numerosos países y plantea desafíos importantes a las autoridades carcelarias y de salud pública, así como a los gobiernos. A escala mundial, los niveles de infección del VIH tienden a ser muy superiores en el medio carcelario que fuera del mismo. Concomitantemente suelen agravar la situación las elevadas tasas de otras enfermedades infecciosas allí registradas, como la hepatitis y la tuberculosis» (73).

Sin otra específica previsión normativa en el Código de Ejecución penal (que tan solo hace referencia, en su artículo 79, a la disposición de zonas específicas de aislamiento para enfermedades infectocontagiosas), de modo general, el artículo 123° del Reglamento del Código

---

(71) Recogido en el Diario Oficial *El Peruano*, día 9 de enero de 2020.

(72) *Vid.* AIDEF (Asociación Interamericana de Defensorías Públicas): Manual Regional de Buenas Prácticas... ob. cit., p. 285.

(73) *Cfr.* UNODC (Oficina contra la Droga y el Delito): VIH/SIDA: prevención, atención, tratamiento y apoyo en el medio carcelario. Marco de acción para una respuesta racional eficaz. OMS/ONUSIDA, New York, 2007 (Disponible on line: [https://www.unodc.org/documents/hiv-aids/Prison\\_Framework\\_Spanish\\_Ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/hiv-aids/Prison_Framework_Spanish_Ebook.pdf)); igualmente, UNODC: Notas sobre políticas. Prevención tratamiento y atención del VIH en las cárceles y otros lugares de reclusión: conjunto completo de intervenciones. 2009 (Disponible en: [https://www.who.int/hiv/pub/prisons/prison\\_comp\\_pack\\_sp.pdf?ua=1](https://www.who.int/hiv/pub/prisons/prison_comp_pack_sp.pdf?ua=1))

de Ejecución Penal peruano establece que la asistencia sanitaria penitenciaria se orienta a la prevención, tratamiento y rehabilitación, debiendo poner énfasis en la prevención de enfermedades transmisibles. Dos son las principales enfermedades que reciben especial atención en los establecimientos penitenciarios en el Perú: la tuberculosis y el VIH. De igual modo, el artículo 130, dispone que «la administración penitenciaria deberá contar con sistemas de vigilancia epidemiológica que le permitan conocer las enfermedades prevalentes en la población penitenciaria y los grupos de mayor riesgo, con la finalidad adecuar la asistencia a las necesidades reales detectadas. Para estos efectos, la administración penitenciaria deberá cumplir los programas nacionales establecidos por el Ministerio de Salud».

Más recientemente, en el Manual de Derechos Humanos del INPE, en relación con el VIH, al respecto, se recoge: «En un establecimiento penitenciario existen muchas prácticas de alto riesgo para el contagio del VIH/Sida, así tenemos; las relaciones sexuales sin protección, inyección de drogas, agresiones con armas punzo cortantes, tatuajes realizados con instrumentos no esterilizados, entre otros. Por lo tanto, todas las personas privadas de libertad deben recibir información clara, objetiva y libre de prejuicios sobre el VIH/Sida, las formas de contagio y el desarrollo de la enfermedad, a fin de prevenir y poder vivir en armonía, sin temores ni prejuicios. Debe mantenerse en reserva la identidad de los internos(as) portadores de VIH/Sida, debiendo ser incorporados inmediatamente a los programas existentes en la red y/o micro redes del Ministerio de Salud (MINSA) para su atención y tratamiento correspondiente. En la medida de lo posible serán ubicados en ambientes donde puedan recibir la atención preferente que su condición de portadores así lo amerita.

En el caso de traslado de estos internos o internas, el director y el responsable del área de salud del establecimiento penitenciario de origen serán responsables de hacer entrega al área de salud del establecimiento penitenciario receptor, en el más breve plazo, los medicamentos prescritos y otorgados por el programa de salud correspondiente; no debe permitirse que el interno(a) suspenda el tratamiento ni un solo día. Es responsabilidad del establecimiento penitenciario receptor incorporar inmediatamente al interno o interna trasladado al programa de salud que corresponde a su jurisdicción» (74).

De nuevo el hacinamiento y los problemas relativos a la atención sanitaria de reclusos/as con necesidades específicas se agravan si el número de profesionales y personal sanitario es deficitario en propor-

---

(74) Cfr. Instituto Nacional Penitenciario: Manual de Derechos Humanos... ob. cit., p. 81.

ción con la población reclusa. Según el Informe estadístico del cuarto trimestre de 2018 del INPE, el número de profesionales de salud en las prisiones peruanas era de 17 por cada diez mil internos, siendo según la Organización Mundial de la Salud el número de mínimos de 25 por cada diez mil.

La mayor incidencia de tales enfermedades en alguno de los grupos vulnerables asimismo es destacada en los informes públicos. En el Informe de la Defensoría del Pueblo del año 2016, ejemplificando una posible modalidad de discriminación acumulada, con referencia a la epidemia de VIH y a su prevalencia entre la población LGBTI, se afirmaba que «un HSH (hombres que tienen sexo con hombres) tiene 33 veces más probabilidades de adquirir el VIH que una persona de la población general. En las personas trans el riesgo de contraer el VIH es 49 veces mayor» (75). Ello, en el ámbito penitenciario, sin el preceptivo control administrativo y médico, incrementa el riesgo de verse el interno discriminado, por el doble estigma presente aún en la subcultura carcelaria.

No obstante, al respecto, la Defensoría del pueblo ha señalado cómo «con relación a la prevención de esta infección, en el Perú se ha desarrollado el Plan Estratégico Multisectorial para la Prevención y Control de las Infecciones de Transmisión Sexual-ITS y el VIH-(PEM ITS VIH 2015-2019), teniendo como fin primordial promover que las personas con VIH, las poblaciones claves y en situación de vulnerabilidad (personas privadas de libertad), accedan a servicios de promoción, prevención, atención y tratamiento integral de calidad en ITS y VIH, donde se respeten plenamente sus derechos y con el concurso de los diversos actores/as y sectores involucrados» (76).

En relación a la vulnerabilidad posible de los reclusos con VIH, en las reglas de Bangkok, como normativa internacional aplicable a las mujeres, se incluyen prevenciones y principios a tener en cuenta, para la protección de las reclusas frente al riesgo del VIH. Así, en materia de salud general y reproductiva, se prevé, además de la provisión de implementos para la limpieza íntima y exámenes de salud mental, la específica orientación acerca del VIH y su tratamiento, o para el personal penitenciario la capacitación en materia de Derechos Humanos

---

(75) Cfr. Defensoría del Pueblo: *Derechos Humanos de las personas LGBTI. Necesidad de una política pública para la igualdad en el Perú*. Informe n.º 175, Lima, septiembre de 2016, p. 150.

(76) Cfr. Defensoría del Pueblo: Informe de Adjuntía 006-2018-DP-ADHPD «Retos del Sistema Penitenciario Peruano: un diagnóstico de la realidad carcelaria de mujeres y varones». Lima, diciembre 2018 (reimpresión abril 2019), p. 152.



y específicamente hacia la no discriminación y la sensibilización acerca del VIH.

La tuberculosis en los penales peruanos, es el otro gran foco de atención, por lo que el Manual de Derechos Humanos publicado por el INPE (77), ha prestado especial prevalencia al problema, integrando a los pacientes que la padecen en los grupos vulnerables, prescribiendo que «la autoridad penitenciaria a través del área de salud, tiene la obligación de diseñar y ejecutar programas de prevención, detección y atención de las personas privadas de libertad con tuberculosis, asimismo, debe integrar el programa a la red y/o micro redes del MINSA. Los internos(as) diagnosticados con esta enfermedad deben ser aislados y atendidos obligatoriamente en el área de salud del establecimiento por el tiempo que la autoridad médica lo determine. Tienen derecho a recibir dieta especial, contando para ello con autorización y recomendación del médico tratante. La autoridad penitenciaria debe cumplir con la recomendación médica. Sólo por disposición del médico y únicamente como medida sanitaria durante la fase de contagio, los internos e internas con tuberculosis serán aislados en ambientes ventilados, sin restringírseles los demás derechos que les asisten. Pasada dicha fase, deberán reintegrarse a sus actividades normales y gozarán de todos los servicios del establecimiento penitenciario.

En el caso de traslado de estos internos, el director y el responsable del área de salud del establecimiento penitenciario de origen serán responsables de hacer entrega al área de salud del establecimiento penitenciario receptor, en el más breve plazo, de los medicamentos prescritos y otorgados por el programa de salud correspondiente. No se debe permitir que el tratamiento se suspenda ni un solo día. Es responsabilidad del establecimiento penitenciario receptor integrar inmediatamente al interno o interna al programa de salud que corresponda».

## V.7. Jóvenes reclusos

Si bien no se trata en sentido estricto de menores (78), los jóvenes adultos (reclusos de edades comprendidas entre 18 y 24 años), han sido

---

(77) Vid. Instituto Nacional Penitenciario: *Manual de Derechos Humanos aplicados a la función penitenciaria...*, 2018, ob. cit., p. 82.

(78) Aunque en algunos aspectos puedan asimilarse las medidas proteccionistas, como así se recoge en las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de menores (Reglas de Beijing), respecto a su ámbito de aplicación, en cuya Regla 3.3 se dispone: «Se procurará asimismo extender el alcance de los principios contenidos en las Reglas a los delincuentes adultos jóvenes». En relación al internamiento de meno-

tradicionalmente considerados un grupo vulnerable en el ámbito penitenciario, desde el punto de vista de su posible contacto con delincuentes avezados de mayor edad y experiencia delictiva (evitar el contagio criminógeno), predicándose históricamente la separación interior como criterio regimental a nivel internacional (79). En el Código de Ejecución penal peruano de 1991, en el Título II, relativo al Régimen Penitenciario, se establecen en el artículo 11, los criterios de separación de internos, que introduce como cuarto criterio básico, que los menores de veintiún años habrán de estar separados de los de mayor edad.

Al respecto también, desde la Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia, se han diseñado acciones concretas y estrategias informativas y de tutela ante situaciones de posible discriminación (80). Se plantea así el aludido factor de alto riesgo del ingreso de un joven que ingrese por un delito menor (p. ej., un hurto) al entrar en contacto con delincuentes de mayor experiencia delictiva. Así, los Defensores Públicos han señalado cómo en el interior de las prisiones peruanas normalmente no se toman las precauciones necesarias para impedir que los internos más jóvenes puedan ser influidos

---

res en la legislación peruana, *Vid.* CÁMARA ARROYO, S.: «La reforma de la justicia juvenil en el Perú: imputabilidad penal e internamiento del adolescente infractor», en *Gaceta penal*, núm. 46, 2013, *passim*; y, desde un punto de vista internacional y de evolución histórica, *vid.*, del mismo autor, *Internamiento de menores y sistema penitenciario*. Premio Nacional Victoria Kent 2010. Secretaría General Técnica. Ministerio del Interior, Madrid, 2011, pp. 743 ss.

(79) Así, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos en su más reciente versión de 2015, Reglas Nelson Mandela, señalan en su Regla 11.<sup>a</sup>: «*Los reclusos pertenecientes a categorías distintas deberán ser alojados en establecimientos diferentes o en pabellones diferentes dentro de un mismo establecimiento, según su sexo y edad, sus antecedentes penales, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles (...)* d) *Los jóvenes estarán separados de los adultos*». Anteriormente, en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de Ginebra del año 1955, la Regla 8.<sup>a</sup> disponía: «*Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad (...)* d) *Los detenidos jóvenes deberán ser separados de los adultos*»; y en la Regla 67.<sup>a</sup> se establecía: «*Los fines de la clasificación deberán ser: a) Separar a los reclusos que, por su pasado criminal o su mala disposición, ejercerían una influencia nociva sobre los compañeros de detención; b) Repartir a los reclusos en grupos, a fin de facilitar el tratamiento encaminado a su readaptación social*».

(80) *Vid.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia/Meini, I./Baras, M.): *Protocolo para la defensa pública relativo al acceso a la justicia de jóvenes y mujeres extranjeras privados de libertad*. Lima/Madrid, 2014, pp. 66-72.

negativamente por aquellos que ya no tienen ningún interés en reinserirse socialmente (81).

Asimismo, se ha afirmado que «muchos de los adultos jóvenes que se encuentran reclusos en prisión no han terminado todavía su proceso de socialización, y aún están en una etapa formativa de su personalidad. Siendo esto así, la cercanía de sus familiares y la posibilidad de recibir visitas de éstos puede ser un elemento determinante en el proceso de asimilación de las condiciones carcelarias, y posterior reinserción social» (82). Hay, no obstante, criterios complementarios que valoran la vida conjunta con los adultos en determinadas situaciones, pues si bien la separación es recomendable como principio general, «también debe contemplarse la posibilidad de que en ciertos casos adultos y jóvenes puedan compartir las mismas dependencias ya que aquellos pueden transmitir a estos una cierta madurez y experiencia vital muy positivas, de la que carecieron por razones familiares en su proceso de formación» (83).

Sin embargo, en la norma de desarrollo, en el Reglamento de Ejecución Penal, en el artículo 46, siguiendo el criterio restrictivo en cuanto a la edad establecida en el Código de Ejecución, tan solo se prevé la diferenciación, que en términos reglamentarios se denomina *clasificación* de internos, realizándose en lo posible en grupos homogéneos diferenciados, incluyendo el apartado 4.º que «los menores de veintiún años y los mayores de sesenta habrán de estarlo del resto de los internos», entendiéndose por ello dicha medida profiláctica tan solo desde los 18 a los 21.

## V.8. Adultos mayores en prisión

Si las previsiones del año 2004 (84) ya preveían que en 2025 el porcentaje de personas mayores de 65 años en América Latina podría llegar al 23%, en relación al uso de la prisión, se ha reconocido desde Naciones Unidas que el número de personas privadas de libertad de avanzada edad se muestra claramente creciente. Dicho incremento, además de derivarse de una mayor longevidad de la población en

---

(81) *Vid.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia/Meini, I./Baras, M.): *Protocolo para la defensa pública...*, ob. cit., p. 57.

(82) *Vid.* Últ. ob. cit., p. 65.

(83) *Cfr.* AIDEF (Asociación Interamericana de Defensorías Públicas): *Manual Regional de Buenas Prácticas...* ob. cit., p. 273.

(84) *Vid.* Ministerio de Salud: *Políticas saludables para adultos mayores en los municipios. Cuadernos de promoción de la salud n.º 12*, Lima, 2004, p. 16.

general, es de igual modo una consecuencia de una mayor severidad en las prácticas de emisión de condena, un aumento en el uso del encarcelamiento y la disminución de mecanismos para una liberación temprana en algunos países (85). Por ambas principales causas, habida cuenta de las previsiones de aumento en la cantidad de reclusos de la tercera edad, que habrá de continuar en los años venideros, es capital que los servicios penitenciarios desarrollen políticas y estrategias para atender las necesidades de este grupo vulnerable y evitar mediante acciones específicas conductas de discriminación posible.

La vulnerabilidad aludida se evidencia en el progresivo deterioro de la salud como consecuencia de la edad y de diversos factores propios de la vida intramuros. Como se ha señalado por la Defensoría del Pueblo del Perú, «la vejez incrementa el riesgo de presentar enfermedades físicas y mentales que pueden colocar a la persona en situación de fragilidad o dependencia. Esta situación se agudiza cuando se encuentran privadas de libertad, al no contar con atención de salud especializada, tratamiento y control de enfermedades físicas y mentales, programas de tratamiento con enfoque diferencial, infraestructura necesaria, alimentación acorde, entre otras» (86). La realidad penitenciaria peruana integra al grupo de adultos mayores (con edad superior a los sesenta años) en un porcentaje de aproximadamente un 4,6% del total en 2018 (87), y siendo de 4,25% (4252 varones y 211 mujeres) en mayo de 2019 (88). Dicho preciso enfoque gerontológico se encuentra previsto, desde un ámbito genérico de protección, en el artículo 4 del Reglamento de la Ley de la PAM (Ley n.º 30490, Ley de la Persona Adulta Mayor, de 20/07/2016). Entre las situaciones problemáticas que sufrían las personas mayores en el Perú, como se iden-

---

(85) *Cfr.* UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito): Manual sobre reclusos con necesidades especiales... ob. cit., p. 126.

(86) *Cfr.* Defensoría del Pueblo: Informe de Adjuntía 006-2018-DP-ADHPD «Retos del Sistema Penitenciario Peruano... ob. cit., p. 67 (Disponible en: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2019/04/Retos-del-sistema-penitenciario.pdf>). Algo que había sido reflejado por las demás Defensorías de la región, *Vid.* AIDDEF (Asociación Interamericana de Defensorías Públicas): Manual Regional de buenas prácticas penitenciarias... ob. cit., p. 283.

(87) Con datos del Informe estadístico del INPE (Instituto Nacional Penitenciario) de noviembre de 2018. *Vid.* INPE: Informe estadístico penitenciario noviembre 2018, Lima, 2019, p. 15. Igualmente, en el Informe de marzo de 2019, Disponible en: <https://es.scribd.com/document/418346408/Informe-Estadistico-Inpe-Marzo-2019>.

(88) *Vid.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Boletín estadístico Institucional segundo trimestre 2019, ob. cit., p. 91 (Disponible en: [https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/08/Boleti%CC%81n-2019\\_Segundo-Trimestre\\_VI.pdf](https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/08/Boleti%CC%81n-2019_Segundo-Trimestre_VI.pdf)).

tificaba a partir del Plan Nacional para la Atención a las Personas Adultas Mayores (PLANPAM 2013-2017), la violencia y la discriminación por motivos de edad eran situaciones necesitadas de especial atención institucional (89).

Desde el paraguas normativo internacional, el principio 5(2) del Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión considera que: «Las

---

(89) Vid. TIRADO RATTO, E./MAMANI ORTEGA, F. (Blouin, C. Coord.): La situación de la población adulta mayor en el Perú. Camino a una nueva política. Konrad Adenauer Stiftung. Instituto de Democracia y Derechos Humanos. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2018, *passim*.

(Disponible on line, en: <http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2018/11/23160106/publicacion-virtual-pam.pdf>); atendiendo al ámbito del derecho comparado, una visión del tema y problema de la ancianidad en el ámbito penitenciario español y de otros ordenamientos puede verse en VV.AA. (ANDÚJAR NÚÑEZ, S./BARRIOS FLORES, L.F./CÁCERES GARCÍA J.M./LERÍN PÉREZ, F./MARTÍN CASILLAS, M./YAGÜE OLMOS, C. Coord.): Análisis de la ancianidad en el medio penitenciario. Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, Ministerio del Interior, Madrid, 2009 (disponible en: <http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201664/An%C3%A1lisis+de+la+ancianidad+en+el+medio+penitenciario+%28NIP0+126-09-042-0%29.pdf/ae3d44d9-460c-4798-98de-ed518a39d9c5>); también, en el ámbito del tratamiento intramuros, FERNÁNDEZ ORVIZ, J.L.: «Personas mayores en prisión. Un programa de entrenamiento de la memoria», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º 258, 2015, pp. 19-48; o señalando que la normativa administrativa de Instituciones Penitenciarias, la Instrucción 8/2011, «enmarca como destinatarios de la intervención a los internos que han superado los 70 años de edad, a aquellos que, habiendo superado los 60 años, presentan pluripatologías relevantes y a los de cualquier edad que sufren un proceso o enfermedad incapacitante». Cfr. RENART GARCÍA, F.: «El tratamiento jurídico de la ancianidad en el penitenciarismo español: pasado y presente», en VV.AA. (Sanz Delgado, E. Dir.): Derecho Penal y penitenciario. Nuevos Desafíos del sistema penal en el siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Dr. D. Germán Small Arana. Ideas Solución, Lima, 2015 (1.ª reimpresión mayo 2016), p. 896; NIETO GARCÍA, A.J.: «El anciano en prisión», en *Diario La Ley*, n.º 9450, Sección Tribuna, 5 de junio de 2018, quien señala que «la ancianidad en prisión es el colectivo gran olvidado de la ejecución penitenciaria, existiendo un clamoroso divorcio de la legislación penal y la legislación penitenciaria respecto a los internos septuagenarios»; más recientemente, MALDONADO FUENTES, F., «Adulto mayor y cárcel. ¿Cuestión humanitaria o cuestión de derechos?», en *Política Criminal*. Vol. 14, n.º 27, 2019, pp. 1-46; HERRERO MAROTO, S.: «El proceso de envejecimiento en prisión. Intervención penitenciaria», en *Diario La Ley*, n.º 9478, Sección Tribuna, 16 de septiembre de 2019, quien advierte de la creación de guetos penitenciarios y llega a preguntar: «¿Una política criminal que estableciera una discriminación positiva del envejecimiento en prisión, con la creación de geriátricos penitenciarios específicos, no estaría alentando a que quienes se encuentren en las postrimerías de su vida, sin ningún contratiempo en su control social, pudieran verse abocados a cometer delitos que les permitiera tener una asistencia integral en su ancianidad en un centro penitenciario que, tal vez, no se pueden permitir en unas condiciones óptimas en la red comunitaria de residencias geriátricas –pública y gratuita vs privada y costeada por el anciano?».

medidas que se apliquen con arreglo a la ley y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial (...) de las personas de edad (...) no se considerarán discriminatorias». Del mismo modo, la regla 8 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de Ginebra de 1955 contemplaba una segregación de los internos que incluía criterios de la edad de los mismos: «Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo, edad (...)». Entre las actuales Reglas Nelson Mandela, la Regla n.º 11 establece al respecto que: «los reclusos pertenecientes a categorías distintas deberán ser alojados en establecimientos diferentes o en pabellones diferentes dentro de un mismo establecimiento, según su sexo y edad, sus antecedentes penales, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles».

En desarrollo de lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú (90), que prevé la protección de los mayores, en la Ley 30490, Ley de la Persona Adulta Mayor, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 21 de julio de 2016, y en el Decreto Supremo n.º 007-2018-MIMP, que aprueba el Reglamento de la Ley 30490, se exige el reconocimiento de una especial protección del Estado peruano y el acceso a condiciones penitenciarias dignas que garanticen el respeto de sus derechos humanos, mientras sean privados de libertad.

Desde que, en fecha de 15 de junio de 2015, se aprobara por la Organización de Estados Americanos en el marco del 45º Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en Washington, D.C., Estados Unidos, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que tiene por objeto promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas mayores. Tres años más tarde se presentaba en el Perú el Proyecto de Ley 2809, sobre la adhesión del Perú a la Convención. Así, el 14 de junio del 2018, el Parlamento peruano aprobó la citada Convención con 79 votos a favor. Dicha votación fue sometida a reconsideración y fue rechazada el 16 de abril de 2019, al no haber alcanzado el número de votos requerido.

---

(90) Artículo 4.º «La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad».

En relación a la edad objeto de atención, la institución penitenciaria peruana suele calificar como adultos mayores a aquellas personas que tienen sesenta o más años de edad (91). No obstante, como se ha señalado por Naciones Unidas, la ancianidad «no puede definirse de manera exacta debido a que el concepto no tiene el mismo significado en todas las sociedades; además, con el aumento constante de la esperanza de vida, tampoco corresponde a un lapso específico de tiempo» (92). Y, de acuerdo con el mantenimiento de su capacidad funcional, pueden distinguirse tres grupos: a) El adulto mayor autovidente; b) el adulto mayor frágil; c) el adulto mayor dependiente o postulado.

Ante dichas características, desde Naciones Unidas se han señalado prevenciones que deben atenderse como «la provisión de un módulo de una sola planta para que no tengan que subir escaleras; las puertas de algunas celdas deben dotarse de una anchura mayor para facilitar el acceso en silla de ruedas; siempre que sea posible, han de instalarse rampas en lugar de escaleras; deben colocarse barras de sujeción y asideros junto a los retretes y las duchas; deben incluirse instalaciones auxiliares para los servicios de atención sanitaria (por ejemplo, una sala de fisioterapia o un dispensario); los timbres de las celdas han de poder alcanzarse desde el interior; y, si el pabellón está rodeado de jardines, las zonas de plantación deben elevarse para que los reclusos con limitaciones físicas o que utilicen silla de ruedas puedan acceder a ellas y mantenerlas. Por último, otros aspectos como la pérdida de visión o audición también influyen en la solución de diseño» (93). La tendencia hacia el envejecimiento de la población carcelaria en algunos países, situación destacada en el Perú por la prensa (94), ha sido también advertida por Naciones Unidas, avisando de la tendencia demográfica y la relación que ha de observarse con la vida útil de las infraestructuras penitenciarias. Así han sido recogidas dichas indicaciones por el INPE, que refleja en su manual de 2018 «Estos internos e internas deben ser clasificados y ubicados en pabellones específicos o en ambientes especialmente destinados donde no sean agredidos ni maltratados por el resto de la población penal. De

---

(91) Vid. Instituto Nacional Penitenciario: *Manual de Derechos Humanos aplicados a la función penitenciaria...*, ob. cit., p. 77.

(92) Cfr. UNODC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito): *Manual sobre reclusos con necesidades especiales...*, ob. cit., p. 125.

(93) Cfr. UNOPS (Oficina de Naciones Unidas de Servicios para Proyectos): *Orientaciones técnicas para la planificación...* ob. cit., p. 45.

(94) Vid., al respecto de la realidad penitenciaria peruana en 2018, <https://diariocorreio.pe/edicion/huancayo/tres-mil-922-presos-del-pais-tienen-mas-de-60-anos-segun-inpe-848336/>

preferencia se ubicarán en un solo pabellón o ala, en el primer piso, y debe procurarse que los ambientes sean cálidos, ventilados y sin humedad. La oficina de administración del establecimiento penitenciario les deberá brindar una alimentación balanceada, de acuerdo con las recomendaciones y los cuidados en la alimentación para personas adultas mayores del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social. La autoridad penitenciaria velará por la salud del adulto mayor privado de libertad en forma preferente y con atención especializada» (95). Dicho esfuerzo administrativo puede y debiera ser asumible por la gestión penitenciaria, pues como ha señalado certero Renart García: «la remoción de obstáculos físicos y de barreras arquitectónicas que dificulten la ubicación y el desplazamiento de los ancianos en el recinto penitenciario constituye una de las iniciativas más originales e inéditas emprendidas por la Administración penitenciaria y requiere, en la mayoría de supuestos, una exigua dotación presupuestaria para su implementación» (96).

El Reglamento de Ejecución penal recoge, no obstante, escasos preceptos relativos a esta categoría de internos. El artículo 30 establece la preferencia de los adultos mayores que vengan de visita a los establecimientos, otorgándoles prioridad en el ingreso y egreso. El artículo 46, relativo a la clasificación interior establece que se efectuará en grupos homogéneos, de entre los cuales se separará a los mayores de sesenta (como a los menores de 21 años) del resto de los internos. Especialmente garantista, o humanitaria como reflejo de las condiciones intramuros, se contempla el artículo 80 del mismo cuerpo reglamentario, que prevé (en correspondencia con lo dispuesto en el artículo 30 del Código de Ejecución Penal) algunas excepciones al aislamiento. Así, se establece que no les será aplicable la sanción de aislamiento a las personas mayores de sesenta años, obligando al Consejo Técnico Penitenciario a optar por otra sanción. Si de la edad se deriva una forma de discapacidad motora a este respecto, el artículo 48 del Reglamento establece que «las personas con discapacidad motora en las extremidades inferiores serán ubicadas obligatoriamente en un ambiente del primer piso» y que «la administración penitenciaria preverá que los ambientes en donde se recluyan a las personas con discapacidad, los tópicos de salud y los servicios básicos, se encuentren acondicionados y ubicados en los primeros pisos de los establecimientos penitenciarios».

---

(95) Cfr. Instituto Nacional Penitenciario: *Manual de Derechos Humanos...*, ob. cit., p. 78.

(96) Cfr. RENART GARCÍA, F.: «El tratamiento jurídico de la ancianidad en el penitenciarismo español», ob. cit., p. 897.



### V.9. Discriminación socioeconómica intramuros y el problema de la corrupción

Se concibe, aun no recogida en los instrumentos internacionales ni en la normativa peruana de ejecución penal, como una modalidad de discriminación transversal, pues puede añadirse a otras características presentes que hacen más vulnerables a determinados reclusos. Se trata, no obstante, de una tradición carcelaria centenaria y global, de una práctica usual y sobreentendida en el ecosistema penitenciario, tolerada y aceptada institucionalmente, inherente a la subcultura carcelaria. Como se ha señalado, «la compra de los derechos y del acceso a determinadas comodidades intramuros, en numerosos enclaves penitenciarios en países con muy escaso presupuesto para esta labor, rememora el antiguo carcelaje. Tal discriminación no deviene así de *iure* sino de *facto*, por cuanto en muchos casos es la propia subcultura carcelaria la que mantiene tales tarifas y formas discriminatorias» (97).

Tal modalidad de discriminación presenta por ello una mayor incidencia en lugares sin un control efectivo y suficiente del régimen penitenciario, cuando se ceden en la práctica las competencias del control interno a la población reclusa, cuando algunos sistemas de autogestión encubren un absoluto abandono institucional. En ese entorno, la existencia de «posibles» por parte del interno, en determinados casos le permitirá incluso evadir su vulnerabilidad intrínseca, pero agravará y tensionará la situación de quien carece de tales medios. De modo general, la adaptación «privada» del espacio personal del recluso es una realidad en los penales peruanos, tanto desde una perspectiva acomodaticia, como incluso de su seguridad personal. A contrario, la indisponibilidad económica conlleva a otras situaciones de desamparo, con el sometimiento a conductas mafiosas.

Así, por ejemplo, aun en entornos penitenciarios administrativamente controlados, el acceso a un número considerable de bienes de consumo dependerá de la situación patrimonial. El hecho de que los economatos dentro de los establecimientos ofrezcan productos con sobreprecio, superpone otra capa de discriminación real y efectiva a las preexistentes características de un grupo vulnerable en concreto. La tolerancia administrativa ante algunas prácticas, y la posible corrupción de los agentes penitenciarios (98), que permiten, entre otras

---

(97) Cfr. SANZ DELGADO, E.: «Tutela antidiscriminatoria...», ob. cit., p. 89.

(98) El problema de la corrupción en los penales y en otras áreas de la administración peruana, ha sido puesto de manifiesto desde fuera y dentro del país, en el siglo XX y en el XXI. Así, en términos relativos al año 2001, «los sueldos son bajísimos, alrededor de tres veces menos de lo que cobran los agentes policiales que reali-

zan las mismas funciones. Resulta obvio señalar que los funcionarios están desmotivados. La gestión está además tremendamente burocratizada: desde solicitar una bombilla hasta la formación de los expedientes que los internos necesitan para acceder a los beneficios penitenciarios todo lleva multitud de trámites. En este caldo de cultivo no es de extrañar que la corrupción germine con fuerza». Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./GÓMEZ RIVERO, C./NIETO MARTÍN, A.: «El sistema penal y penitenciario peruano. Reflexiones político-criminales...», ob. cit., p. 45. Desde una visión internacional, la necesidad de un marco ético de la labor y gestión penitenciaria, ha sido señalada por COYLE, A.: *La Administración penitenciaria en el contexto de los Derechos Humanos. Manual para el Personal Penitenciario*. International Centre for Prison Studies. Londres, Reino Unido, 2002. p. 13. Tan relevante problema, aún latente frente a las mismas dificultades, es considerado uno de los principales a extirpar en el sistema penitenciario peruano. En este sentido, la Defensoría del Pueblo, dentro del Programa de asuntos penales y penitenciarios. Adjunta para los Derechos Humanos y las personas con discapacidad, publicaba en 2011, en su Informe Defensorial n.º 154-2011/DP: «El sistema penitenciario: Componente clave de la seguridad y la política criminal. Problemas, retos y perspectivas», Lima, octubre de 2011, un capítulo VI específico, bajo el título «Una aproximación a la corrupción en el sistema penitenciario» (pp. 103-121). Y de seguido, en el año 2012, el propio Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, durante la presidencia del INPE a cargo de José Luis Pérez Guadalupe, exponía como primera de las medidas a adoptar para la reforma del sistema, la lucha contra la corrupción (por delante incluso de la segunda medida, relativa a la superpoblación). En sus términos: «El INPE presenta un serio problema de corrupción propiciado por el hacinamiento, falta de personal, clima laboral negativo y adverso, así como los magros sueldos de sus servidores. Los circuitos de corrupción existentes son alimentados por lo que se conoce como «corrupción por contaminación», que es la convivencia de los servidores con la delincuencia, lo que genera que sean tentados o intimidados a hacer lo indebido. Este problema está ampliamente extendido en nuestro sistema penitenciario, lo que requiere ser enfrentado de forma urgente». Cfr., al respecto, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: *10 medidas de reforma del sistema penitenciario...*, ob. cit., p. 3 (Disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/810635CDF2139A7F052581300073F277/\\$FILE/10\\_medidas.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/810635CDF2139A7F052581300073F277/$FILE/10_medidas.pdf)). Más recientemente, el 4 de septiembre de 2015, el INPE publicaba el Informe: «Situación actual del sistema penitenciario peruano», realizado por el Dr. Gustavo Adolfo Campos Peralta, que con información de la Oficina de Asuntos Internos incluía los datos desde 2011 a 2015, citando los 913 informes recomendados para la apertura de procesos disciplinarios entre el personal penitenciario y las acciones llevadas a cabo para responder a la corrupción intramuros, pp. 28-30 (Disponible on line en: [https://www.inei.gov.pe/media/criminalidad/Exposiciones/Gustavo\\_Adolfo.pdf](https://www.inei.gov.pe/media/criminalidad/Exposiciones/Gustavo_Adolfo.pdf)); y en el año 2017, como se destaca en el Informe de la Defensoría del Pueblo, según el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), la corrupción se percibía como el principal problema del país. Vid. Defensoría del Pueblo: Reporte la corrupción en el Perú: El sistema anticorrupción peruano: diagnóstico y desafíos. Diciembre 2017, año 1, n.º 2, p. 3 (Disponible on line, en: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/Reporte-La-Corrupcion-en-el-Peru-N-2.pdf>). En abril del 2016, el INEI, en coordinación con el Ministerio de Justicia y el INPE, ejecutó el Primer Censo Nacional Penitenciario en los 66 establecimientos penitenciarios del país. De acuerdo con dicho censo, la población penal en el país ascendía a 76.180 personas (entre procesados y sentenciados), y aunque La población penitenciaria se ha incrementado en los últimos años, representa menos

situaciones, la instalación de economatos, da lugar a situaciones anómalas (99), que no contribuyen a frenar algunas de tales prácticas discriminatorias (100) socioeconómicas en prisión.

Tal impacto de la corrupción en los derechos humanos ha sido así recientemente señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Resolución 1/18, aprobada en Bogotá el 2 de marzo de 2018, como sigue: «La corrupción tiene un impacto grave y diferenciado en el goce y ejercicio de los derechos humanos por parte de grupos históricamente discriminados, tales como las personas en situación de pobreza, las mujeres, los pueblos indígenas, los afrodescendientes, personas migrantes y las personas privadas de libertad...». En el año 2016, el problema de la corrupción en el sistema penitenciario peruano, era igualmente tratado en la Respuesta del Perú al Informe [CAT/OP-PER/R.1] del Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (SPT), elaborado a partir de la visita realizada al Perú en el año 2013 donde recomendó que se adoptaran diversas medidas (101). Al respecto, en el párrafo 127 del Informe del SPT se recomendaba que el Gobierno adoptara y aplicara una política firme y transparente de «tolerancia cero» contra la corrupción, abordando las condiciones estructurales que la producen. Ante dicha recomendación, el Gobierno Peruano señalaba, en su respuesta justificativa, la promulgación del Decreto Legislativo n.º. 1325, que declaraba en emergencia y

---

del 1% de la población penitenciaria (543 personas a octubre del 2017). *Cfr.* ob. cit., p. 31. En el año 2017 se daba la noticia de que más de 260 funcionarios del INPE habían sido investigados por actos de corrupción (<https://andina.pe/agencia/noticias-mas-260-funcionarios-penitenciarios-son-procesados-corrupcion-y-actos-ilicitos-673514.aspx>).

(99) El destino de celdas a funciones de economato, en un entorno en el que el hacinamiento es absolutamente palpable, como se apreciaba en las denuncias respecto del penal de Chiclayo en 2018, con un número de economatos cercano a 40. *Vid.*, al respecto, <https://diariocorreo.pe/edicion/lambayeque/celdas-que-deberian-albergar-reos-hacinados-son-usados-como-pequenas-bodegas-820073/> (Noticia actualizada a 20 de mayo de 2018)

(100) Destacando el evidente vínculo entre corrupción administrativa y discriminación, *vid.*, entre otras, NOVOA CURICH, Y.L.: «La corrupción como mecanismo de discriminación», en *Revista Derecho & Sociedad*, n.º 47, 2016, pp. 223-225; MARTINÓN QUINTERO, R.: «Corrupción y Derechos Humanos. En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 10, abril–septiembre 2016, pp. 14 y 15.

(101) *Vid.* Respuesta del Perú al Informe sobre la visita del Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Apartado 3.4 intitulado «El problema de la corrupción», contestando específicamente al párrafo 127 del Informe del SPT, p. 26 (Disponible on line en: [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT-OP/Shared%20Documents/PER/CAT\\_OP\\_PER\\_1\\_Add-1\\_28170\\_S.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CAT-OP/Shared%20Documents/PER/CAT_OP_PER_1_Add-1_28170_S.pdf))

dictaba medidas para la reestructuración del Sistema Nacional Penitenciario y el INPE, disponiéndose diversas medidas de lucha contra la corrupción, estando entre ellas: a) El INPE, en un plazo no mayor de noventa días, implementaría canales de denuncia ciudadana, de internos e internas, servidores, empresas proveedoras y otros, para recibir quejas y denuncias de actos de corrupción a través de mecanismos presenciales, virtuales y por teléfono, bajo responsabilidad funcional; b) Implementar sistemas de video vigilancia en los establecimientos penitenciarios y otras dependencias a nivel nacional, siendo prioritaria su ubicación en las áreas de prevención, tratamiento, rotondas, área de salud, puestos de vigilancia de los pabellones, entre otros, de acuerdo a la directiva que se emita, siempre que no vulnere la privacidad de las personas; c) Coordinar y ejecutar de manera permanente con las demás entidades integrantes del Sistema Nacional Penitenciario, a nivel nacional, operativos conjuntos de supervisión y control en las áreas de su competencia, en sus órganos desconcentrados, establecimientos penitenciarios y establecimientos de medio libre; d) En complemento a lo anterior, se señalaba que en el Plan Anticorrupción del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS 2013-2016) contaba con una «Matriz de seguimiento y monitoreo del Plan Anticorrupción del INPE, 2013–2016», con cuatro objetivos específicos referentes a: i) articulación y coordinación interinstitucional para la lucha contra la corrupción; ii) prevención eficaz de la corrupción; iii) investigación y sanción oportuna y eficaz de la corrupción en el ámbito administrativo y judicial; y, iv) promoción y articulación de la participación activa de la ciudadanía, sociedad civil y sector empresarial en la lucha contra la corrupción. El citado Decreto Legislativo n.º 1325 sería prorrogado en 2018 (prórroga que empezaría a regir desde el 7 de enero de 2019), por el Decreto Supremo 013-2018-JUS, Decreto Supremo que prorroga la emergencia dispuesta por el Decreto Legislativo n.º 1325, para la reestructuración del Sistema Nacional Penitenciario y el Instituto Nacional Penitenciario.

## VI. MEDIDAS PENITENCIARIAS RESTRICTIVAS: LA LIMITACIÓN DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS

Entendemos que desde una pésima visión preventivo general negativa aplicada al entorno penitenciario, instrumentos esenciales del régimen y tratamiento penitenciario como son los beneficios peniten-

ciarios (102), han venido siendo instrumentalizados para dificultar, cuando no impedir, el acceso a los mismos a los privados de libertad por delitos que, recientemente, incluían las conductas tipificadas en el artículo 323 del Código penal. Así, se ha venido a establecer en la legislación peruana, en los últimos años, la limitación expresa de algunos beneficios penitenciarios por medio de diversas disposiciones legales. Y ello, aunque en el artículo VIII del Título preliminar del Código de Ejecución Penal se señala que la retroactividad y la interpretación de dicho Código se resuelven en lo más favorable al interno. De otra parte, para coordinar la respuesta judicial de concesión de beneficios penitenciarios, el Poder Judicial (103) aprobó el Acuerdo Plenario n.º 2-2015/CJ-116 con el objetivo de concordar la jurisprudencia en materia de beneficios penitenciarios que deberá ser aplicado por todos los jueces en todas las instancias.

Se restringía, no obstante, el acceso a los beneficios penitenciarios por la Ley n.º 30054, de 30 de junio de 2013 (Ley para prevenir y sancionar los delitos contra los miembros de la Policía Nacional o de las Fuerzas Armadas, Magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público, miembros del Tribunal Constitucional o autoridades elegidas por mandato popular), para los supuestos recogidos en el artículo 323 del Código penal en los supuestos de delitos de discriminación de personas. Seguidamente se promulgaba la Ley n.º 30262, de 06 de noviembre de 2014 (Ley que modifica el Código de ejecución penal, la ley contra el crimen organizado y la ley contra la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes) que, asimismo, incluía la prohibición del beneficio de redención de la pena por el trabajo o la educación a

---

(102) *Vid.*, en la bibliografía peruana, por todos, MILLA VÁSQUEZ, D.G.: «Comentario al Acuerdo Plenario n.º 8 -2011/CJ-116 sobre beneficios penitenciarios, terrorismo y criminalidad organizada», en *Gaceta Penal*, Lima, 2012, p. 313; la misma: «Los beneficios penitenciarios y el crimen organizado. El nuevo modelo penal de seguridad ciudadana en Iberoamérica», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Vol. LXV, 2013, p. 358; la misma: «La retroactividad de las leyes de ejecución penal. A propósito de los casos de Henri Parot en España y Agustín Mantilla en el Perú», en VV.AA. (Sanz Delgado, E. Dir.): *Derecho Penal y penitenciario. Nuevos Desafíos del sistema penal en el siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Dr. D. Germán Small Arana*. Ideas Solución, Lima, 2015 (1.ª reimp. mayo 2016), pp. 668 y ss.; la misma: *Los beneficios penitenciarios en Iberoamérica. Historia, Teoría y Praxis*. Grijley, Lima, 2016, pp. 387, 408, 413, 420; la misma: Beneficios penitenciarios y otras instituciones penitenciarias. Instituto Pacífico, Lima, 2019, pp. 289 y ss.; en el ámbito español, criticando el uso populista de los beneficios penitenciarios, *vid.*, SANZ DELGADO, E.: *Regresar antes. Los beneficios penitenciarios*. Secretaría General Técnica, Ministerio del Interior, Madrid, 2007, pp. 11-24.

(103) *Vid.*, al respecto, X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria. Acuerdo Plenario n.º 2-2015/CIJ-116. Publicado en el Diario Oficial *El Peruano* (21 de junio de 2016).

los agentes de los delitos tipificados en el artículo 323 CP. En los casos de internos que hayan cometido los delitos previstos en el artículo 323 (Discriminación e incitación a la discriminación) del Código Penal, la redención de pena por el trabajo y la educación se realiza a razón de un día de pena por seis días de labor o estudio, respectivamente (6x1).

En relación al beneficio de semilibertad, también por virtud de la Ley n.º 30054, ésta será improcedente para los delitos de discriminación del artículo 323. De igual modo, el Decreto Legislativo 1296, de 30 de diciembre de 2016, establece que el beneficio de semilibertad no será procedente para los internos que hayan cometido delitos de discriminación o incitación a la discriminación, de los recogidos en el art. 323 CP. De igual modo, la Ley n.º 30609, que modifica el Código de Ejecución Penal para combatir la violencia familiar y la violencia de género, así como proteger los derechos de las mujeres, niñas y niños y adolescentes, publicada en el diario oficial El Peruano, el 19 de julio de 2017, recogía la prohibición de los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional para los internos por los delitos de discriminación e incitación a la discriminación del artículo 323. De igual manera, la Ley n.º 30838, de 03 de agosto de 2018, que modifica el Código penal y el Código de Ejecución penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, hizo realidad la reforma legal más importante desde 2004 en materia de delitos sexuales, y vino a modificar el artículo 50 del CEP, para establecer que no son procedentes los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado conforme a la Ley n.º 30077, y entre ellos los delitos de discriminación de personas.

El beneficio de la libertad condicional, asimismo se encuentra restringido por la Ley n.º 30054, de 30 de junio de 2013 ya citada, modifica el art. 53 del CEP y restringe el beneficio de la liberación condicional para los internos que hubieren infringido el artículo 323 CP. En similar sentido, a partir del tercer párrafo del artículo 48 del CEP modificado por la Ley n.º 30076 (Ley para combatir la inseguridad ciudadana), de 19 de agosto de 2013, se prohíbe dicho beneficio para los delitos de discriminación e incitación a la discriminación citados. El Decreto legislativo n.º 1296, de 30 de diciembre de 2016, vino igualmente a establecer que el beneficio de liberación condicional no será procedente para los internos que hayan cometido delito de discriminación o de incitación a la discriminación. La Ley n.º 30609, que modifica el Código de Ejecución Penal para combatir la violencia

familiar y la violencia de género, así como proteger los derechos de las mujeres, niñas y niños y adolescentes, publicada en el diario oficial El Peruano, el 19 de julio de 2017, modifica el artículo 50 del CEP, señalando que los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional no serán procedentes para aquellos internos que se encuentren sentenciados por la comisión de los delitos de discriminación citados. La Ley n.º 30838, de 6 de agosto de 2018, para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, modifica el artículo 50 del CEP, establece que no son procedentes los beneficios penitenciarios de semilibertad y liberación condicional para aquellos internos que hayan cometido delitos vinculados al crimen organizado conforme a la Ley 30077, Ley contra el Crimen Organizado.

En relación a la visita íntima, ésta ha sido valorada por el Tribunal Constitucional peruano, en su Sentencia n.º 01575-2007-PHC/TC estimando que «la permisión de la visita íntima no debe sujetarse a ningún tipo de discriminación, ni siquiera aquellas que se fundamentan en la orientación sexual de las personas privadas de su libertad. En estos casos la autoridad penitenciaria, al momento de evaluar la solicitud de otorgamiento, deberá exigir los mismos requisitos que prevé el Código de Ejecución Penal y su Reglamento para las parejas heterosexuales» (104).

## VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

La necesaria protección penal y penitenciaria de los grupos vulnerables que se encuentran y conviven en prisión, ante las posibles conductas discriminatorias que surjan en dicho ámbito, encuentra su plasmación e impulso en instrumentos internacionales de Naciones Unidas, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incorporándose, por ello, al acervo normativo peruano y a su ordenamiento penal y de ejecución penal.

Asociada dicha protección a la vulnerabilidad específica de ciertos grupos de personas integrados en una superpoblación penitenciaria, dicha normativa no pareciera desplegar tantos efectos positivos en la práctica. Las dificultades propias de un sistema penitenciario haci-

---

(104) Así ha sido recogido por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: *Manual de beneficios penitenciarios y de lineamientos del modelo procesal acusatorio*. Dirección General de Defensa Pública y Acceso a la Justicia, Lima, 2014, p. 35.

nado, que sin duda incrementa los riesgos y entorpece la efectiva protección de los reclusos, incluso respecto de bienes jurídicos esenciales como la vida o la integridad física, parecieran dejar en letra muerta tan saludados principios internacionales. Así, a la vista de las estadísticas oficiales, con porcentajes de superpoblación crecientes y mantenidos en el tiempo, y aun confirmándose tales negativas consecuencias por parte de las administraciones de los estados, no parecen ofrecerse en algunos países de la región, y tampoco en el Perú, ni resultados ni compromisos presupuestarios plausibles en el marco de una política criminal caracterizada por los excesos punitivistas, cuando en lugar de evitarse el excesivo uso de la privación de libertad –con altas tasas de población reclusa preventiva-, o de impulsar las medidas alternativas como se ha predicado desde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y en lugar de apoyar medidas de descongestión carcelaria, a contrario se incrementan los marcos penales y restringen, con intereses mediáticos y populistas, los beneficios penitenciarios, esto es, las medidas de acercamiento a la libertad de los privados de libertad.

La inacción presupuestaria es, por ello, la primera constante a combatir. La escasez de recursos económicos dispuestos para la renovación de las infraestructuras y para la adaptación de los medios materiales existentes, contribuye no solo al hacinamiento sino al mantenimiento de situaciones discriminatorias detectadas, en mayor o menor medida, en la vida penal y práctica diaria de las instituciones penitenciarias, pues la vulnerabilidad preexistente al ingreso en el establecimiento se agrava intramuros. La exigencia de construcción de centros adecuados, de diversificación de espacios y de adaptación de las instalaciones existentes, se plantea entonces como una absoluta prioridad. La existencia e incremento del riesgo de discriminación se presenta así diáfana, principalmente en relación a internos discapacitados (sujetos necesitados de especial protección, por su movilidad reducida), o con afecciones de salud mental, o en lo relativo a los adultos mayores con movilidad reducida y otras patologías recurrentes por causa de la edad, o en las madres con niños en prisión y la falta de adaptación a tales necesidades. Pero la acción presupuestaria gubernamental debe llegar igualmente a la dignificación de la actividad del personal penitenciario, mediante una más justa remuneración por su esencial trabajo, que impida conductas indeseadas que terminan por agravar la diferencia injusta. A contrario, la incidencia de la corrupción en la labor penitenciaria permitirá mantener desigualdades y situaciones discriminatorias.

Si las conductas relativas a los actos de discriminación o incitación a la misma han desplegado en el Perú protección jurídico-penal y



específicamente penitenciaria, reflejada en la asunción e inserción de los contenidos de los preceptos internacionales en esta materia, y plasmada en la ampliación del tipo penal del artículo 323 CP, se ha advertido en la propia legislación de ejecución penal un mayor celo que, desde una perspectiva preventivo general negativa, pareciera otorgar mayor relevancia a estas acciones discriminatorias al incluirlas entre los motivos para restringir, cuando no eliminar, la posibilidad de beneficios penitenciarios para los privados de libertad por tales ilícitos penales. Las consecuencias redundarán así en el citado y evidente problema del hacinamiento, ya que la percepción del posible infractor de la norma penal, previa a la comisión del delito, no reside en el conocimiento de las condiciones y restricciones que le puedan ser impuestas cuando se encuentre en prisión.

Si bien la protección que despliega la norma penal en el artículo 323 del Código debiera servir de dique de contención contra conductas discriminatorias en prisión y se ha visto reforzado el ámbito administrativo incorporando la tutela antidiscriminatoria a la norma penitenciaria de ejecución penal, expresamente en relación con algunos de los grupos vulnerables, con cierta extrañeza se advierte que no se haya completado con los parámetros hoy exigibles desde la norma internacional integrando dicha extensión y protección normativa en mayor medida en el Código de Ejecución Penal, concretamente en el catálogo de faltas disciplinarias de los artículos 25 y 26, o en el Reglamento de Ejecución Penal, que tan solo recoge algunas situaciones, como disposición de desarrollo del estatuto jurídico del interno que, en la práctica, opera o debiera operar como disposición directa e inmediatamente aplicable en la vida intramuros. La seguridad jurídica en el acceso a las instituciones penitenciarias es, también, un elemento neutralizador de situaciones discriminatorias creadas a partir de las expectativas de los internos/as. Así, puede advertirse en cuestiones relativas a la concesión por parte de la Administración de determinadas situaciones favorables al interno (105). Es cierto que las normas e instrumentos internacionales tienen su aplicación también en el Perú, pero su vulneración exige procedimientos para la defensa de tales derechos que podrían agilizarse de integrarse algunas de tales prevenciones que hoy no se contemplan en la norma reglamentaria.

El personal penitenciario debe ser, como se ha dicho, protegido presupuestariamente, pero también debe asimilar la tutela antidiscriminatoria, por implantarse la misma en la norma diaria y por procedimientos de reciclaje en la formación profesional. Si el estatuto jurídico

---

(105) Cfr. SANZ DELGADO, E.: «Tutela antidiscriminatoria y vulnerabilidad...», ob. cit., p. 65.

del interno se configura como la relación de derechos y deberes de los privados de libertad, la expansión nominativa y ejecutiva de tales facultades y obligaciones para los profesionales penitenciarios no puede quedarse en un ejercicio declarativo de una norma de rango legal, cuando puede asimismo desplegarse en normativas administrativas de menor rango y de mayor incidencia inmediata al interno (normativa reglamentaria y de régimen interior de los establecimientos y directrices para el personal). La experiencia española ha demostrado que el Reglamento penitenciario ha servido para ampliar incluso y extender derechos e instrumentos favorables al interno, que quedaron con menor recorrido en la norma orgánica por el momento histórico-legislativo en que fue aprobada. El reglamento y la normativa administrativa interna sirvieron así para adecuarse más directa y fácilmente a los cambios sociales y a la dinámica normativa internacional y para reforzar específicamente las situaciones protegidas contra la discriminación.

En último término, la reimplantación de la figura del Juez de ejecución de penas se presenta como otra de las prioridades que debiera valorar y afrontar el Poder judicial peruano y el sistema penitenciario nacional en su conjunto (106). El Juez, en una jurisdicción especializada y dedicada ex profeso a la ejecución de las penas y a garantizar los derechos de los reclusos, permite el recurso del interno a una institución independiente de la Administración penitenciaria, que entre sus atribuciones puede apremiarla y compelerla en el cumplimiento de la norma legal y reglamentaria, y ello no puede ocurrir con la misma garantía con el juez que conoció del proceso penal o en su defecto el de la jurisdicción donde se encuentre el interno, y tampoco a partir del nuevo proceso penal, con el juez de investigación preparatoria ni con el juez unipersonal; y, con ello, como ocurre en otros ordenamientos o de modo ejemplificativo en España (107), incide positivamente en la

---

(106) Así se ha requerido desde la doctrina peruana, *vid.*, por todos, ÁVILA HERRERA, H.J.: «El Derecho de Ejecución Penal de cara al presente siglo...», *ob. cit.*, pp. 35 y 36.

(107) El artículo 76, que se ocupa de las competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria, establece: «1. El Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse». En el número 2 del precepto, letra g), se dice que corresponde especialmente al Juez de Vigilancia, «Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos». Y el artículo 77 de la Ley Orgánica General Penitenciaria española asimismo señala y comple-

posibilidad de obligar al INPE a desarrollar lo previsto en la citada normativa internacional y en la propia legislación de ejecución penal peruana.

---

menta al efecto: «Los Jueces de Vigilancia podrán dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias formulando propuestas referentes a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, a la ordenación de la convivencia interior en los establecimientos, a la organización y actividades de los talleres, escuela, asistencia médica y religiosa y en general a las actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto». *Vid.*, al respecto de dicha fundamentación, por todos, GARCÍA VALDÉS, C.: *Comentarios a la legislación penitenciaria...*, ob. cit., pp. 241 y ss.

# SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

## Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

Abogada y Doctora en Derecho  
Profesora Adjunta de la UNIR

### CONSTITUCIÓN

#### ARTÍCULO 15

*Penas inhumanas o degradantes. Conformidad de la cadena perpetua con el art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.*

«Es concorde con la doctrina fijada en la STEDH de 3 de febrero de 2015 (caso Hutchinson c. Reino Unido) después confirmada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 17 de enero de 2017. En esta última decisión, a la vista de la evolución de la jurisprudencia nacional, se revisa el criterio de anteriores decisiones adoptadas por la Gran Sala en relación con el Reino Unido (STEDH de 9 de julio de 2013, caso Vinter y otros), considerando compatible con el artículo 3 CEDH el procedimiento de revisión de las condenas a cadena perpetua impuestas en el Reino Unido para los casos de delitos graves, pese a que la decisión inicial de revisión es administrativa pero judicialmente revisable. Al establecer los principios generales que definen el contenido del derecho afectado en este caso (§§ 42 y ss.) el Tribunal recuerda que el Convenio europeo no prohíbe la imposición de una pena de cadena perpetua en respuesta a delitos especialmente graves, pero, para que tal previsión sea compatible con el artículo 3 CEDH, dicha condena debe ser reducible durante su cumplimiento conforme criterios previsibles establecidos en una previsión legal o la jurisprudencia que la interpreta; lo que significa que el penado no solo ha de tener una perspectiva de liberación y conocer cuál debe ser su conducta para satisfacer las exigencias que la justificarían, sino que ha de contar con una posibilidad de recurso para exigirla. La revisión de la duración de la pena de cadena perpetua debe valorar si, pese al transcurso del tiempo, se mantienen los fundamentos penológicos legítimos que justificaron la imposición de la pena –retribución, disuasión de conductas similares, protección de intereses de terceros y la necesidad de rehabilitación–, aspecto este último sobre el que se pone el acento, dado que, se afirma, dicho objetivo es nuclear en la política penal europea (art 8 CEDH). También el respeto por la dignidad humana requiere que las autoridades penitenciarias se esfuercen por la rehabilitación de un preso condenado a cadena perpetua. De lo expuesto se deduce que la revisión requerida debe tener en cuenta el progreso que ha hecho el recluso hacia la rehabilitación, evaluando si dicho progreso ha sido tan significativo que la detención continuada ya no puede justificarse por otros motivos penológicos legítimos».

mos. Por último, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha puesto el acento en la necesidad de que los criterios y condiciones establecidos en la legislación de cada Estado parte que se refieren a la revisión deben tener un grado suficiente de claridad y certeza, y también deben reflejar los criterios fijados en la jurisprudencia del propio Tribunal de Estrasburgo».

(ATC inadmisión Pleno 4/2019, de 29 de enero. Recurso de amparo 1877/2018. Interesantes los votos particulares que formulan D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías y D. Juan Antonio Xiol Ríos. *BOE* 22-2-2019).

## ARTÍCULO 17.1

*Derecho a la libertad personal. Adopción de prisión provisional en secreto de actuaciones. Obligación de conocer los elementos esenciales de las actuaciones en la comparecencia de medida cautelar.*

*Vid. artículo 505 Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

*Derecho a la libertad personal. Procedimiento de habeas corpus.*

«El artículo 17.1 CE establece que «[t]oda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley». Por su parte, el artículo 17.4 CE establece que «[l]a ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente». La Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus* (LOHC) ha desarrollado ese mandato constitucional. El artículo 1 LOHC establece que mediante este procedimiento podrá obtenerse la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial competente de cualquier persona detenida ilegalmente, entendiéndose por tal quien lo fuera sin que concurren los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las leyes; las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar; las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las leyes; y a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida. El Tribunal ha sentado una consolidada jurisprudencia en relación con esta previsión constitucional y la incidencia que sobre ella tienen las decisiones judiciales de no admisión a trámite de la solicitud de *habeas corpus*. Ha declarado que, aun cuando la Ley Orgánica de regulación del procedimiento de *habeas corpus* posibilita denegar la incoación de un procedimiento de *habeas corpus*, fundamentar la decisión de no admisión en que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad por no concurrir ninguno de los supuestos del artículo 1 LOHC vulnera el artículo 17.4 CE, ya que implica una resolución sobre el fondo que solo puede realizarse una vez sustanciado el procedimiento. Los únicos motivos constitucionalmente legítimos para no admitir un procedimiento de *habeas corpus* son los basados en la falta del presupuesto necesario de una situación de privación de libertad no acordada judicialmente o en el incumplimiento de los requisitos formales a los que se refiere el artículo 4 LOHC. Esta jurisprudencia es reiterada, constante e inequívoca (entre otras, SSTC 21/1996, de 12 de febrero, FJ 7; 66/1996, de 16 de abril, FJ 6; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 11; 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 5; 174/1999, de 27

de septiembre, FJ 5; 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4; 179/2000, de 26 de junio, FJ 5; 208/2000 y 209/2000, de 24 de julio, FJ 5; 233/2000, de 2 de octubre, FJ 5; 263/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 287/2000, de 27 de noviembre, FJ 4; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 6; 24/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; 94/2003, de 19 de mayo, FJ 3; 23/2004, de 23 de febrero, FJ 5; 122/2004, de 12 de julio, FJ 3; 37/2005, de 28 de febrero, FJ 3; 29/2006, de 30 de enero, FJ 3; 46/2006, de 13 de febrero, FJ 2; 93/2006, de 27 de marzo, FJ 3; 169/2006, de 5 de junio, FJ 2; 165/2007, de 2 de julio, FJ 4; 35/2008, de 25 de febrero, FJ 2; 37/2008, de 25 de febrero, FJ 3; 147/2008, de 10 de noviembre, FJ 2; 172/2008, de 18 de diciembre, FJ 3; 88/2011, de 6 de junio, FJ 4; 95/2012, de 7 de mayo, FJ 4; 12/2014, de 27 de enero, FJ 3; 21/2014, de 10 de febrero, FJ 2; 32/2014, de 24 de febrero, FJ 2; 195/2014, de 1 de diciembre, FJ 3; 42/2015, de 2 de marzo, FJ 2, y 204/2015, de 5 de octubre, FJ 2).

Por tanto, se hace necesario reiterar una vez más que este Tribunal ha declarado que el procedimiento de *habeas corpus* no puede verse mermado en su calidad o intensidad; y que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo debe ser plenamente efectivo, y no solo formal, para evitar que quede menoscabado el derecho a la libertad, ya que la esencia histórica y constitucional de este procedimiento radica en que el Juez compruebe personalmente la situación de quien pide el control judicial, siempre que la persona se encuentre efectivamente detenida, ofreciéndole una oportunidad de hacerse oír (STC 95/2012, de 7 de mayo, FJ 4). Por otra parte, también es preciso recordar que es a los órganos judiciales a los que corresponde la esencial función de garantizar el derecho a la libertad mediante el procedimiento de *habeas corpus* controlando las privaciones de libertad no acordadas judicialmente; que en esa función están vinculados por la Constitución; y que tienen la obligación de aplicar e interpretar las leyes según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos (art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

El frecuente incumplimiento de esta jurisprudencia constitucional que se pone de manifiesto con ocasión de los sucesivos recursos de amparo que se van presentado es motivo de muy alta preocupación para el Tribunal Constitucional en una materia que suscita especial sensibilidad desde el punto de vista del respeto a los derechos fundamentales y que constituye uno de los fundamentos elementales del estado de Derecho desde el punto de vista histórico e institucional. No resulta fácilmente comprensible que, tras el extenso número de resoluciones dictadas por este Tribunal sobre esta cuestión, la jurisprudencia constitucional en la materia siga sin ser trasladada al quehacer cotidiano de todos los que participan en la labor de tramitación judicial de los procedimientos de *habeas corpus* y que por esta razón deban seguir admitiéndose recursos de amparo que se acogen a la alegación del incumplimiento de la jurisprudencia constitucional como motivo de especial trascendencia constitucional».

(STC 72/2019, de 20 de mayo. Recurso de amparo 2087-2018. Ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos. BOE 25-6-2019).

*Derecho a la libertad personal. Requisitos y motivación para adoptar la prisión provisional. Juez imparcial para acordarla. Asistencia del investigado en el recurso de apelación contra el Auto que la acuerda.*

«a) La libertad personal es un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y un derecho fundamental (art. 17 CE), cuya trascendencia estriba en ser el presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales (por todas, STC 147/2000, de

29 de mayo, FJ 3 y jurisprudencia allí citada). Los principios a tener en cuenta de cara a la adopción de esa medida cautelar son los siguientes:

(i) El principio de legalidad, que opera como elemento habilitante de la privación de libertad, en los términos establecidos en el art. 17.1 CE, y como fuente de limitación del plazo máximo de duración de la medida cautelar objeto de análisis, (art. 17.4 CE), razón por la cual este Tribunal ha declarado que la superación de los plazos máximos legalmente previstos supone una limitación desproporcionada del derecho a la libertad y, en consecuencia, su vulneración (entre otras, SSTC 99/2006, de 27 de marzo, FJ 4, y 95/2007, de 7 de mayo, FJ 5). La ley que regule los supuestos en que cabe acordar prisión provisional y su duración máxima ha de adoptar la forma de Ley Orgánica «ya que al limitar el derecho a la libertad personal constituye un desarrollo del derecho fundamental de conformidad con lo dispuesto en el art. 81.1 CE» [STC 147/2000, de 29 de mayo FJ 4 a)]. Nuestra jurisprudencia ha considerado también 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 impropia 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).

(ii) El principio de adopción judicial de la medida. A pesar de que la Constitución no impone expresamente que esta medida deba ser adoptada judicialmente, nuestra doctrina ha establecido que «[la] prisión provisional es una medida cautelar que sólo puede ser acordada por los órganos judiciales [...] desde la perspectiva de que toda medida restrictiva de derechos fundamentales requiere una decisión judicial motivada» [por todas, STC 147/2000, de 29 de mayo, FJ 4 b) y referencias jurisprudenciales allí contenidas]. En este sentido la exigencia es coherente con lo previsto en el art. 5 del Convenio europeo de Derechos Humanos (CEDH), precepto que contempla un trámite de control judicial inmediato de la privación cautelar de libertad verificada en el seno de un proceso penal, y que es interpretado en el sentido siguiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: «[e]l control judicial constituye un elemento esencial de la garantía que ofrece el art. 5.3, que tiene como finalidad reducir en la medida de lo posible el riesgo de arbitrariedad y de asegurar la preeminencia del Derecho, uno de los «principios fundamentales» de una «sociedad democrática» (por todas, STEDH de 5 de julio de 2016, Ali Osman Özmen c. Turquía).

(iii) El principio de excepcionalidad, vinculado al hecho de que en el proceso penal rigen los principios de *favor libertatis* o de *in dubio pro libertatis*. Por ello la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la medida de prisión provisional «deben hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental que tales normas restringen, lo cual ha de conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la norma menos restrictiva de libertad» (SSTC 88/1988, de 9 de mayo, FJ 1; 98/2002, de 29 de abril, FJ 3, y 95/2007, de 7 de mayo, FJ 4). El principio deriva asimismo de la naturaleza subsidiaria de ese instituto, pues su carácter extraordinario impide que pueda ser aplicado en supuestos en los que mediante medidas alternativas menos onerosas puede alcanzarse el propósito perseguido, tal y como se deriva del apartado 6 de las reglas mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución núm. 45-110, de 14 de diciembre de 1990 (Reglas de Tokio). Dicho principio, acogido expresamente por el legislador en el art. 502.2 LECrim, obliga al intérprete a realizar un juicio que tras-

ciende de la mera constatación de la concurrencia de los requisitos legales, pues aquél también deberá escrutar si la legítima finalidad que persigue puede lograrse a través de una medida alternativa.

(iv) El principio de modificabilidad, que parte del hecho de que las medidas cautelares personales se adoptan y desenvuelven en un contexto de provisionalidad, y por tanto mutable. Nuestra jurisprudencia sostiene que ni la situación de prisión preventiva, ni la de libertad provisional, ni la cuantía de la fianza que permite acceder a la misma constituyen situaciones jurídicas intangibles o consolidadas y por ello inmodificables, de modo tal que los autos de prisión y libertad provisionales son reformables, tal y como prevé la legislación vigente, durante todo el curso de la causa (por todas, STC 66/2008, de 29 de mayo, FJ 3).

(v) El principio de temporalidad, finalmente, opera como mecanismo de cierre con el fin de evitar, en última instancia, que la prisión provisional alcance una duración excesiva (en este sentido, STC 95/2007, de 7 de mayo, FJ 5), en consonancia con el contenido de la regla de Tokio 6.2, que establece que la prisión provisional no podrá durar más tiempo del necesario para lograr sus objetivos y deberá cesar, a instancia de parte o de oficio, cuando su perpetuación ya no resulte estrictamente necesaria.

b) El presupuesto necesario para que la adopción de la medida cautelar sea constitucionalmente admisible, es la existencia de indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo, independientemente del sentido ulterior de la sentencia de fondo (STC 35/2007, de 12 de febrero, FJ 4). La jurisprudencia constitucional sostiene que «la presunción de inocencia exige que la prisión provisional no recaiga sino en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, esto es, allí donde existan indicios racionales de criminalidad; pues de lo contrario, vendría a garantizarse nada menos que a costa de la libertad, un proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse» (STC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3). En términos similares, pero siempre con idéntico sentido, exigiendo la concurrencia de indicios o datos que sustenten la verosimilitud de la comisión de un hecho delictivo y de la participación en el mismo del afectado por la medida, se ha venido pronunciando el Tribunal en otras resoluciones (SSTC 35/2007, de 12 de febrero, FJ 4; 169/2001, de 16 de julio, FJ 10; 164/2000, de 12 de junio, FJ 5; 66/1997, de 7 de abril, FJ 4, o 62/1996, de 15 de abril, FJ 5).

c) Se precisa, asimismo, que la medida cautelar satisfaga una finalidad plausible desde la perspectiva constitucional, es decir, que se dirija a la consecución de cualquiera de los fines que la doctrina constitucional asocia a la prisión provisional. Descartando como fines constitucionalmente admisibles los punitivos o de anticipación de pena, los de impulso de la instrucción sumarial (por ejemplo, STC 140/2012, de 2 de julio, FJ 2), o la alarma social (por todas, STC 47/2000, de 17 de febrero, FJ 5), el fin primordial de la prisión provisional se vincula a la necesidad «de garantizar el normal desarrollo del proceso penal en el que se adopta la medida, especialmente el de asegurar la presencia del imputado en el juicio y de evitar posibles obstrucciones a su normal desarrollo» (entre otras, STC 138/2002, de 3 de junio, FJ 4). Y, junto a este objetivo principal, se contemplan también los siguientes:

(i) Asegurar el sometimiento del investigado al proceso, mediante la evitación del riesgo de fuga o sustracción de la acción de la administración de justicia. Para calibrar la concurrencia *ad casum* de ese riesgo es preciso tener en cuenta los siguientes factores, expuestos en la STC 128/1995, FJ 4 b): 1) la gravedad del delito y de la pena a él asociada, para la evaluación de los riesgos de fuga –y, con ello, de la frustración de la acción de la administración de justicia–; 2) las características personales



del inculpado –como el arraigo familiar, profesional y social, las conexiones en otros países, los medios económicos de los que dispone, etc.–. Ahora bien, el propio tribunal reconoce que la valoración de estos factores puede variar durante el tiempo de mantenimiento de la prisión provisional, aconsejando su revisión. Se dice literalmente, «incluso el criterio de la necesidad de ponderar, junto a la gravedad de la pena y la naturaleza del delito, las circunstancias personales y del caso, puede operar de forma distinta en el momento inicial de la adopción de la medida, que cuando se trata de decidir el mantenimiento de la misma al cabo de unos meses. En efecto, en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional –p. e., evitar la desaparición de pruebas–, así como los datos de los que en ese instante cuenta el instructor, pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena; no obstante, el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias y, por ello, en la decisión del mantenimiento de la medida deben ponderarse inexcusablemente los datos personales así como los del caso concreto».

(ii) Prevenir el riesgo de obstrucción en la instrucción del proceso, tal y como reconoce el propio art. 503.1 3 b) LECrim, y contemplan, entre otras, las SSTC 128/1995 de 26 de julio, FJ 3; 333/2006, de 20 de noviembre, FJ 3, y 27/2008, de 11 de febrero, FJ 4.

(iii) Conjurar el peligro de reiteración delictiva (SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 191/2004, de 2 de noviembre, FJ 4, y 27/2008, de 11 de febrero, FJ 4), en la línea de lo dispuesto en el art. 5.1 CEDH, y con la cautela de considerar esta finalidad de modo compatible con la garantía del derecho a la presunción de inocencia del que goza el investigado o encausado. Conforme a la jurisprudencia del TEDH, dicha previsión no da cobertura a decisiones de prevención general dirigidas contra un individuo o una categoría de individuos que se estime constituyan un peligro debido a su continua tendencia al crimen; sino que, más limitadamente, en el contexto de la persecución de un delito, los arts. 5.1 c) y 5.3 del Convenio, interpretados conjuntamente, permiten a los Estados contratantes imponer y mantener en el tiempo una privación cautelar de libertad previa al juicio como medio de prevención de una concreta y específica infracción penal, finalidad que ha de venir fundamentada en hechos o informaciones concretas basadas en datos objetivos (SSTEDH de 6 de noviembre de 1980, caso Guzzardi c. Italia, § 102; de 27 de mayo de 1997, caso Eriksen c. Noruega, § 86; de 17 de diciembre de 2009, caso M. contra Alemania, §§ 89 y 102; de 13 de enero de 2011, caso Haidn c. Alemania, §§ 89 y 90; de 7 de marzo de 2013, caso Ostendorf c. Alemania, §§ 67 a 69, y 28 de octubre de 2014, caso Urtans c. Letonia, § 33).

d) Desde los presupuestos anteriores, nuestra doctrina ha determinado que concurre un deber reforzado de motivación exigible al órgano judicial para acordar la prisión provisional, por la estrecha conexión existente entre la motivación judicial y las circunstancias fácticas que legitiman la privación preventiva de libertad, pues solo una adecuada motivación hace conocibles y supervisables aquellas circunstancias fácticas [STC 128/1995, FJ 4 a)]. Además, la falta de motivación «conciene directamente a la lesión del propio derecho fundamental sustantivo y no, autónomamente, al derecho a la tutela judicial efectiva» (STC 179/2005, de 4 de julio, FJ 2).

La motivación constitucionalmente exigible, en estos supuestos, debe contener:

1) Una argumentación que ha de ser «suficiente y razonable», entendiendo por tal no la que colma meramente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, sino aquella que respeta el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la libertad afectado; 2) la justificación de la legitimidad constitucional de la privación de libertad o, más concretamente, el presupuesto de la medida y el fin constitucional-

mente legítimo perseguido; y 3) la ponderación de las circunstancias concretas que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la adopción de dicha decisión [por todas, SSTC 179/2005, FJ 2, y 65/2008, de 29 de mayo, FJ 4 c), y jurisprudencia allí citada].

En este marco, al órgano jurisdiccional de la instancia le corresponde acordar sobre la situación personal de las personas sujetas al proceso penal con observancia de la ley y a la luz de los principios y normas constitucionales, es decir «la constatación y valoración de los antecedentes fácticos justificativos de la medida cautelar, ya se refieran a las sospechas de responsabilidad criminal, ya a los riesgos de fuga, a la obstrucción de la investigación, a la reincidencia o a otros requisitos constitucionalmente legítimos que pueda exigir la ley» [STC 128/1995, FJ 4 b)].

Y, por su parte, al Tribunal Constitucional le compete «supervisar la existencia de motivación suficiente –en el doble sentido de resolución fundada y razonada, a la que ya nos hemos referido– y su razonabilidad, entendiéndose por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción, no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional. No corresponde, pues, al Tribunal Constitucional determinar en cada caso si concurren o no las circunstancias que permiten la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional, sino únicamente el control externo de que esa adopción o mantenimiento se ha acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución» [STC 128/1995, FJ 4 b)].

e) Por último, el Tribunal Constitucional se reserva también la facultad de revisar si la adopción judicial de la medida de prisión provisional se ha sujetado a los criterios legales que garantizan el derecho de defensa y no sufrir indefensión del sujeto sobre el que se aplica la medida cautelar en relación, estrictamente, con la adopción de esa medida. Es decir, que el Tribunal es garante asimismo de que el procedimiento de adopción o confirmación de la prisión provisional se ajuste a las exigencias constitucionales de preservación del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el art. 17 CE.

A este respecto, hemos tenido ocasión de pronunciarnos sobre la exigibilidad 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 libertad», sintetizándose nuestra doctrina en la STC 91/2018, de 17 de septiembre, FJ 3. Como recordamos en la referida resolución «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», 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 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)».

Siguiendo esta línea de razonamiento, en la indicada STC 91/2018, de 17 de septiembre, llegamos a la conclusión de que existe una garantía legal en el art. 539

LECRim que impone al órgano judicial la obligación de celebrar la comparecencia prevista en el art. 505 LECrim para reformar de manera peyorativa la situación personal del individuo sometido al procedimiento penal y afirmamos en concreto que «desde la perspectiva formal o procedimental, esa decisión peyorativa requiere (a) o bien «solicitud del ministerio fiscal o de alguna parte acusadora, resolviéndose previa celebración de la comparecencia a que se refiere el artículo 505», (b) o bien «si a juicio del juez o tribunal concurren los presupuestos del artículo 503, procederá a dictar auto de reforma de la medida cautelar, o incluso de prisión, si el investigado o encausado se encontrase en libertad, pero debiendo convocar, para dentro de las 72 horas siguientes, a la indicada comparecencia»». La primera de las dos garantías expresadas, relativa a la necesaria petición de parte acusadora, es obviamente extensible a cualquier supuesto que específicamente la requiera, como es, manifiestamente, el de la comparecencia inicial en la que se determina, por primera vez, la situación personal del individuo investigado, ámbito al que se circunscribe la queja del ahora demandante de amparo (art. 505.4 LECrim).

(.../...)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el art. 5.3 CEDH, al prever que «toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales», no da derecho al acceso a una concreta institución u órgano sino a un procedimiento de carácter judicial (STEDH de 26 de mayo de 1993, asunto Brannigan y McBride c. Reino Unido, § 58) que ha de estar a cargo de una «autoridad habilitada por la ley para ejercer funciones judiciales». Dicha autoridad, aunque puede ejercer funciones como las de dirección del procedimiento investigador, que no se identifican con las de «administrar justicia» (STEDH de 4 de diciembre de 1979, asunto Schiesser c. Suiza, § 28) ha de poseer ciertas cualidades propias de un órgano judicial en sentido estricto, concretamente «la independencia hacia el ejecutivo y las partes» (SSTEDH de 18 de enero de 2007, asunto Estrikh c. Letonia, § 116, de 22 de mayo de 2007, asunto Bülbül c. Turquía, § 22). Como detalla la STEDH de 25 de marzo de 1999, asunto Nikolova c. Bulgaria (§ 49), para que la autoridad que realiza el control judicial de la prisión pueda ser considerada «independiente» e «imparcial» hay «apariencias objetivas» que deben ser tenidas en cuenta, como, por ejemplo, que no pueda intervenir en un estadio ulterior del procedimiento penal ejerciendo funciones de acusación, supuesto en el cual su independencia e imparcialidad pueden ser objeto de sospecha. Además, la autoridad judicial debe escuchar personalmente al afectado y decidir conforme a criterios jurídicos la procedencia de la privación cautelar de libertad (por todas, SSTEDH de 18 de enero de 1978, asunto Irlanda c. Reino Unido, § 199, y de 25 de marzo de 1999, asunto Nikolova c. Bulgaria, § 49). No resulta, pues, incompatible con las cualidades que ha de revestir la autoridad que ejerce el control judicial inmediato de la prisión que esta asuma funciones instructoras o de dirección de procedimiento de investigación oficial pero sí que acumule tales tareas con «funciones de acusación» (en este mismo sentido, STEDH de 4 de diciembre de 1979, asunto Schiesser c. Suiza).

La doctrina de este Tribunal asume el contenido mínimo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues hemos señalado que la garantía de imparcialidad objetiva del juzgador debe regir en el trámite sobre la situación personal del investigado, pero «no comporta la estricta exigencia constitucional de traslado *in toto* a dicho trámite de la prohibición de acumulación en un mismo órgano judicial de la decisión y de ciertas actividades de instrucción», de modo tal que «la sustitución

del juez instructor en la decisión relativa a la prisión provisional, si bien puede ciertamente contribuir a reforzar dicha imparcialidad, no alcanza a erigirse en garantía única e imprescindible de la incolumidad del derecho fundamental» (STC 98/1997, de 20 de mayo, FFJJ 3 y 4).

De la interpretación que hasta la fecha se ha venido formulando de los arts. 17.2 y 5.3 CEDH, con arreglo a las exigencias mínimas referidas, y sin entrar a valorar en este momento la genérica posición y funciones del juez instructor en el marco de la investigación de los procesos penales, al exceder ello del ámbito de este concreto enjuiciamiento, no se deduce que la autoridad judicial que ejerce el rol de instructora del procedimiento deba quedar excluida de las funciones de control judicial inmediato de la privación cautelar de libertad (art. 17.2 CE en relación con el art. 505 LECrim), en tanto tenga efectivamente garantizado un estatus de independencia respecto del Poder Ejecutivo y de las propias partes, de suerte tal que no esté llamado a asumir funciones acusatorias. Tales rasgos básicos están garantizados en nuestro vigente sistema procesal penal, en la medida en que el juez de instrucción goza de las garantías de independencia e inamovilidad propias de los miembros del Poder Judicial (art. 117.1 CE), y habida cuenta que no formula posteriormente acusación alguna contra el investigado, ni puede obligar al fiscal a formularla.

La necesidad de que la autoridad judicial que ejerce el control de la privación de libertad (art. 17.2 CE) no esté llamada a asumir, con posterioridad, funciones acusatorias conecta, asimismo, con la importancia que, en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 5 CEDH, cobra la noción de «cargos criminales» (por todas, SSTEDH de 24 de noviembre de 1993, asunto Imbrioscia c. Suiza, § 36, y de 15 de noviembre de 2005, asunto Reinprecht c. Austria, § 37), importancia que implica, en lo que ahora nos interesa, que la autoridad judicial que ejerce el control inmediato de la privación cautelar de libertad sólo actúa a través de un auténtico «procedimiento judicial» cuando se ajusta a los límites que, en ese preciso momento, marcan dichos cargos, lo que supone que ha de existir una coherencia sustancial entre los hechos y las calificaciones que son manifestados, en la audiencia del art. 505 LECrim, por las partes acusadoras para fundamentar la prisión y la posterior decisión cautelar del juez.

En tal sentido, la autoridad judicial encargada de actuar como «juez de la libertad» de los investigados no sería imparcial, en términos objetivos, si quisiera fundar la medida cautelar de privación de libertad en hechos o en calificaciones jurídicas diversas y más graves que las que los acusadores personados en el procedimiento consideraran viables en ese momento procesal, convirtiéndose de ese modo en acusador potencial, cuando una característica que debe definirle es la de no acumular funciones acusatorias, esto es, la de no ser la autoridad que presenta los cargos definitivos. Por tanto, si el juez de instrucción se apartara de lo señalado por las partes acusadoras en relación con los «cargos criminales» (hechos y calificación jurídica) que permitieran fundar la decisión de prisión provisional, asumiría en el específico trámite del control inicial de la privación de libertad la condición de parte acusadora, de una forma incompatible con las exigencias derivadas de los arts. 17.2 CE y 5.3 CEDH. En cambio, si el juez de instrucción se ajusta a la petición formulada por las partes en lo relativo a la sustancia de los cargos provisionales (hechos y calificación jurídica provisionales), sin agravar estos para justificar la procedencia de la privación de libertad, la realización de valoraciones adicionales sobre el cumplimiento de las finalidades constitucionales de la privación de libertad no resulta necesariamente contraria al estatuto de imparcialidad de la «autoridad judicial» constitucionalmente llamada a ejercer el control inmediato de la privación cautelar de libertad, sin perjuicio de que

deba formularse en cada caso un análisis contextualizado de la argumentación complementaria, en aras a descartar concretamente la presencia de parcialidad objetiva.

Hemos de concluir entonces que, para preservar la imparcialidad objetiva del juez de instrucción, no es constitucionalmente exigible, en abstracto y teniendo en cuenta los condicionantes dados por el modelo de investigación penal existente en España, la existencia de plena identidad o correlación entre la totalidad de los argumentos por los que los acusadores consideran que procede la prisión provisional y los que conducen al juez a acordarla. Esta correlación sería exigible en lo que hace al presupuesto necesario para que la adopción de la medida cautelar sea constitucionalmente admisible, esto es, a la existencia de indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo, pero no en relación con la concurrencia exacta de uno o más fines constitucionales llamados a ser preservados por la medida cautelar.

(.../...)

El auto de la magistrada instructora, adoptado tras el trámite dispuesto en el art. 505 LECrim, se produce, en el caso que nos ocupa, en el contexto de la comparecencia judicial del investigado en la que ha de determinarse, por vez primera, su situación personal. Se trata de un trámite que, sustanciándose en un momento embrionario del procedimiento, no puede demorarse por los fines perentorios que lo caracterizan y que se ajusta, por ello, a un formato flexible basado en un debate estrictamente oral entre acusadores y defensas, verificado inmediatamente después de la declaración prestada por el investigado. Ese debate contradictorio, puramente oral, que da lugar a la primera decisión judicial sobre la situación personal, tiene como finalidad primordial que el individuo investigado sea oído por la autoridad judicial, de modo que ésta pueda examinar, de acuerdo con criterios jurídicos, «las razones en pro y en contra de la privación de libertad» (por todas, SSTEDH de 18 de enero de 1978, asunto Irlanda c. Reino Unido, § 199, de 4 de diciembre de 1979; asunto Schiesser c. Suiza, § 31, y de 25 de marzo de 1999, asunto Nikolova c. Bulgaria, § 49).

A ese primer debate contradictorio, cuyo elemento clave es que el afectado sea oído por la autoridad judicial, sigue de inmediato, en la regulación procesal vigente, una impugnación jurisdiccional formalizada como «recurso de apelación», trámite este que, caracterizado por la celeridad, se sustancia ante un «órgano judicial» en sentido estricto, en cuanto tribunal exclusivamente ocupado de ejercer la función de «juzgar», tanto en el fondo como en la forma, la adecuación a Derecho de la decisión cautelar adoptada. Este órgano judicial revisor no tiene vinculación alguna con las tareas investigadoras. En este segundo marco procedimental, se cuenta con una base objetiva que delimita plenamente el debate entre las partes: el auto de prisión provisional, que consigna los elementos en los que se funda la privación de libertad. Es posible entender que este recurso de apelación ante el órgano judicial competente (en el caso que nos ocupa, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional), materializa la garantía contenida en el art. 5.4 CEDH que señala que «[t]oda 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 un breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si dicha privación fuera ilegal». En este trámite lo esencial, a efectos de la contradicción exigible, es el desarrollo de un debate revisor, entre los acusadores y las defensas, acerca de la legalidad, tanto en el fondo como en la forma, de la decisión cautelar inicialmente adoptada, de modo que, como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cualquier nueva alegación o elemento de convicción que sea aportado por las acusaciones ha de ser puntualmente introducido en el debate a través del oportuno traslado a la defensa del investigado (STEDH de 7 de septiembre de 2017, asunto Stollenwerk c. Alemania,

§ 40), a los efectos oportunos de asegurar la interdicción de indefensión de este último.

Obviamente, el respeto del derecho de defensa ha de caracterizar ambos trámites procesales (control judicial inicial y recurso ante un órgano judicial), que han de responder, en esencia, a una misma estructura contradictoria (STEDH de 25 de octubre de 2007, asunto Lebedev c. Rusia, § 76), estructura que, sin la exigencia de equiparación plena a la del juicio oral propiamente dicho, en el que se ventilan los cargos definitivos y la consiguiente petición de condena, ha de ser la máxima posible dentro de los límites que impone la existencia de una investigación en curso (por todas, SSTEDH de 13 de febrero de 2001 asunto Schöps c. Alemania, y de 31 de enero de 2002, asunto Lanz c. Austria, § 41). Ahora bien, dentro de esa estructura contradictoria común, el Tribunal de Estrasburgo acepta que la distinta fisonomía de los trámites contemplados en los arts. 5.3 CEDH –que en nuestro sistema se sustancia en la audiencia del art. 505 LECrim– y 5.4 CEDH –que se materializa en el subsiguiente recurso de apelación– pueda determinar diferencias de grado en las exigencias formales de contradicción (STEDH de 25 de octubre de 2007, asunto Lebedev c. Rusia, § 76).

(.../...) Es doctrina establecida por este Tribunal en relación con el art. 17 CE, que el primer control judicial de la privación de libertad está sometido a la cláusula de proscripción de toda indefensión, lo que supone que no es admisible ninguna situación de indefensión material, en la que una de las partes quede privada de la facultad de alegar y probar siempre que dicha privación tenga una incidencia directa en la resolución adoptada (por todas, STC 37/1996, de 11 de marzo, FJ 2).

(.../...)

Del art. 566.5 LECrim, que prevé la posibilidad de celebración de vista para resolver el recurso de apelación frente al auto que acuerde la prisión provisional, no se puede deducir más que la necesaria actuación por medio de representante y a través de la oportuna defensa técnica. Y tampoco parece que la presencia del investigado en la vista de apelación pueda deducirse inequívocamente del art. 302 LECrim, invocado por el recurrente, que se limita a disponer que «[l]as partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento». Pues la referencia legal a las «partes» no puede entenderse como una exigencia de actuación de índole personal, sino que responde a la regla de nuestro ordenamiento procesal conforme a la cual las partes intervienen en los actos de procedimiento a través de sus representantes procesales. En la STC 194/2015, de 21 de septiembre, con ocasión del análisis de la regulación de una de las modalidades de recurso de apelación penal, recordamos la diferencia esencial que existe entre los preceptos que aluden expresamente a la presencia o intervención del «imputado» (o ahora el «investigado»), el «acusado» o el «condenado» frente a aquellos otros que se refieren a las «partes», en el entendimiento de que esta última referencia legal «supone lógicamente la presencia tanto del abogado al que compete presentar las alegaciones en defensa de su cliente, como del procurador que ejerce su representación en juicio». Y ello en tanto que «la postulación es un presupuesto general de la validez de los actos procesales y comprende tanto la dirección y defensa a cargo del letrado como la representación procesal que compete al procurador, actuando este ante el órgano jurisdiccional en nombre de la parte, como se desprende de los párrafos 3 y 4 del art. 118 LECrim y de los arts. 436 y 438 LOPJ. En particular, respecto a la representación de la parte mediante procurador cabe observar que el primer apartado del art. 438 LOPJ la requiere con carácter general, salvo las excepciones legalmente previstas que permiten bien la

intervención personal de aquella o el ejercicio de ambas funciones, defensa y representación, por un mismo profesional»» (FJ 4). Por tanto, no existe obligación de deducir del art. 302 LECrim, una exigencia legal específica de intervención del investigado en la vista en la que se ventila el recurso de apelación presentado frente a la decisión inicial de prisión provisional. En defecto de tal obligación, la interpretación efectuada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que entiende que tal acto ha de verificarse con el representante procesal y el abogado del investigado, resulta razonable.

(.../...)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que estamos ante un trámite que ha de colmar las exigencias de contradicción que son características de un «procedimiento judicial» basado en la «igualdad de armas» (por todas, STEDH de 1 de junio de 2006, asunto Fodale c. Italia, § 41), exigencias que no pueden equipararse a las del juicio civil o penal propiamente dicho en el que se ventila la cuestión de fondo, pero que han de ser en todo caso apropiadas al tipo de medida de privación de derechos que está en juego (por todas, STEDH de 28 de octubre de 1998, asunto Assenov y otros c. Bulgaria). Cuando se trata, en concreto, de revisar la adopción de una medida cautelar de privación de libertad en el seno de un proceso penal, el Tribunal de Estrasburgo estima necesario que exista un trámite de audiencia (por todas, STEDH de 15 de noviembre de 2005, asunto Reinsprecht c. Austria, § 31), bien mediante la intervención personal del afectado, bien mediante su actuación instrumentada a través de un representante (SSTEDH de 13 de julio de 1995, asunto Kampanis c. Grecia, § 47; de 1 de junio de 2006, asunto Mamedova c. Rusia, y de 9 de noviembre de 2010, asunto Farhad Aliyev c. Azerbaiyán, § 203). La intervención personal del individuo privado de libertad, en la revisión judicial de la adopción de una medida cautelar penal, puede ser necesaria en circunstancias determinadas, en particular: i) si el interesado no fue escuchado en el trámite inicial de control judicial de la privación de libertad que es objeto de revisión (STEDH de 9 de noviembre de 2010, asunto Farhad Aliyev c. Azerbaiyán, § 207); ii) si existe una gran distancia temporal entre el momento en que se adopta la decisión inicial de prisión (con comparecencia personal) y el trámite de apelación (STEDH de 9 de noviembre de 2010, asunto Farhad Aliyev c. Azerbaiyán, § 207); iii) si las alegaciones del impugnante se refieren estrechamente a su personalidad o carácter (STEDH de 19 de enero de 2012, asunto Korneykova c. Ucrania, § 69); iv) si el recurrente discute *ex novo* las condiciones en la que se desarrolla la privación de libertad, condiciones que en el momento de acordarse la medida cautelar aún no había llegado a experimentar y que el letrado defensor no conoce «de primera mano» (STEDH de 1 de junio de 2006, asunto Mamedova c. Rusia, § 91); o v) si el órgano judicial que realiza la revisión modifica los motivos o fundamentos en los que ésta se basa, por ejemplo si la decisión inicial se fundaba en el riesgo de reiteración delictiva y se altera para fundarla en la posibilidad de destrucción de medios de prueba (STEDH de 10 de octubre de 2000, asunto Grauzinis c. Lituania, §§ 33 y 34)».

(STC Pleno 29/2019, de 28 de febrero de 2019. Recurso de amparo 5678-2017. Ponente: D.ª María Luisa Balaguer Callejón. BOE 26-3-2019. En el mismo sentido, SSTC 30/2019, de 28 de febrero, 50/2019, de 9 de abril y 62/2019, de 7 de mayo).

## ARTÍCULO 20

*Derecho a la libertad de información. Diferencia con el delito de descubrimiento y revelación de secretos e injerencia en el derecho a la intimidad. Secreto profesional.*

«a) Este Tribunal ha venido reiterado insistentemente que cuando se alega que la conducta por la que se sigue el proceso penal constituye, a su vez, ejercicio legítimo de un derecho fundamental, el órgano judicial debe examinar, como cuestión previa a la aplicación del pertinente tipo penal a los hechos declarados probados, si estos no han de encuadrarse dentro de ese ejercicio legítimo [SSTC 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 2, y 177/2015, de 22 de julio, FJ 2 e)]. «Es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito» [STC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3, citada por la STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2 e)]. En estos casos, el ejercicio legítimo del derecho fundamental operaría como causa excluyente de la antijuridicidad de esa conducta (STC 104/1986, de 13 de agosto, FFJJ 6 y 7, reiterada en las SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 3 y 4; 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 136/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 297/1994, de 14 de noviembre, FFJJ 6 y 7; 320/1994, de 28 de diciembre, FFJJ 2 y 3; 42/1995, de 18 de marzo, FJ 2; 19/1996, de 12 de febrero, FJ 2, y 232/1998, de 30 de diciembre, FJ 5), habiendo considerado también que la eventual apreciación de que la condena penal ha desconocido el contenido constitucional de los derechos fundamentales alegados comportaría siempre la falta de habilitación legal para sancionar (SSTC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 6, y 299/2006, de 23 de octubre, FJ 3).

b) Por ese motivo, como también hemos repetido en múltiples ocasiones, «la ausencia de ese examen previo al que está obligado el juez penal o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible» (STC 29/2009, de 26 enero, FJ 3), y, por lo mismo, «constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración» [SSTC 299/2006, de 23 de octubre, FJ 3; 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3, y 177/2015, FJ 2 e)].

c) En supuestos como el que nos ocupa, dada la naturaleza sustantiva del derecho fundamental alegado y el contenido de la jurisdicción de amparo, nuestro análisis no puede detenerse en la anterior constatación genérica, sino que la función que corresponde a este Tribunal no se circunscribe a examinar la existencia o razonabilidad de la motivación de las resoluciones judiciales realizando un simple juicio externo que verse sobre la existencia, inexistencia o razonabilidad de las valoraciones efectuadas por los jueces y tribunales ordinarios; sino que hemos de aplicar inmediatamente a los hechos probados las exigencias dimanantes de la Constitución para determinar si, al enjuiciarlos, han sido o no respetadas, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados en la instancia (SSTC 200/1998, de 14 de octubre, FJ 4; 136/1999, de 20 de julio, FJ 13; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 3; 148/2001, de 27 de junio, FJ 3; 20/2002, de 28 de enero, FJ 3; 148/2002, de 15 de julio, FJ 3; 174/2006, de 5 de junio, FJ 2, y 299/2006, de 23 de octubre, FJ 3).

(.../...)



Cabe recordar sucintamente nuestra doctrina acerca del ámbito de aplicación de las respectivas libertades, que aparece compendiada en la STC 79/2014, de 28 de mayo, FJ 4, en los siguientes términos: «[e]ste Tribunal viene distinguiendo, desde la STC 104/1986, de 17 de julio, entre el derecho que garantiza la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor) y el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene una importancia decisiva a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término “información”, en el texto del artículo 20.1 d) CE, el adjetivo “veraz” (SSTC 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 2; 174/2006, de 5 de junio, FJ 3; 29/2009, de 26 de enero, FJ 2, y 50/2010, de 4 de octubre, FJ 4)».

En aquellos casos, nada excepcionales, en los que se entremezcla la narración o descripción de acontecimientos y exteriorización de pensamientos, ideas u opiniones, para determinar cuál es el derecho fundamental efectivamente en juego, este Tribunal ha venido atendiendo «al que aparezca como preponderante o predominante» (STC 4/1996, de 19 de febrero, FJ 3). Y a tal efecto nuestra doctrina considera determinante el que del texto se desprenda un «afán informativo» (STC 278/2005, FJ 2) o que predomine intencionalmente la expresión de un «juicio de valor».

En todo caso, los límites a la crítica pública son más amplios, con relación a los personajes públicos, donde se muestra una mayor tolerancia en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Aizsardzibas Klubs Vides contra Letonia núm. 57829/00 (§ 40), 27 de mayo de 2004 y Lepes de Silva Gomes contra Portugal núm. 37698/97 (§ 30) Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2000-X).

(.../...)

De acuerdo con la doctrina de este Tribunal, «la comunicación que este derecho fundamental a la libertad de información [art. 20.1 d) CE] protege es la que transmite información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública» (por todas, STC 28/1996, de 26 de febrero, FJ 2, y STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 4). En ausencia de alguno de tales requisitos la libertad de información no está constitucionalmente respaldada y, por ende, su ejercicio podrá afectar, lesionándolo, a alguno de los derechos que como límite enuncia el artículo 20.4 CE (STC 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 2).

a) Con relación al requisito de la veracidad de la información, cuya ponderación reviste especial interés cuando la libertad de información colisiona con el derecho al honor, el mismo no exige 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.

Debe tenerse presente que cuando la libertad de información colisiona con el derecho a la intimidad, como sucede en el caso que nos ocupa, la veracidad «no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión» de este último derecho (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 (STC 58/2018, de 4 de junio, FJ 7). Por esta misma razón, a pesar de la cita efectuada por la parte recurrente, tampoco resulta pertinente examinar si la información publicada en este supuesto está amparada por la doctrina relativa al denominado «reportaje neutral» (sintetizada en la STC 76/2002, de 8 de abril, FJ 4), en la medida en que no da a conocer hechos u opiniones expresados por terceros (STC 127/2003, de 30 de junio, FJ 8).

b) Respecto del segundo requisito, puesto que la protección de la libertad de información «se justifica en atención a la relevancia social de aquello que se comunica y recibe para poder contribuir así a la formación de la opinión pública» (por todas, STC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 3), venimos defendiendo que la Constitución sólo protege la transmisión de hechos «noticiables», en el sentido de que se hace necesario verificar, con carácter previo, el interés social de la información, ya sea por el carácter público de la persona a la que se refiere o por el hecho en sí en que esa persona se haya visto involucrada. Solo tras haber constatado la concurrencia de estas circunstancias resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurado en un sistema democrático (STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5). Según ha afirmado la doctrina de este Tribunal, este valor preferente, en cuanto medio de formación de opinión pública en asuntos de interés general, «alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción» (STC 165/1987, de 27 de octubre, FJ 10, reiterada en SSTC 105/1990 y 176/1995, entre otras).

Ahora bien, como aclaró la STC 199/1999, de 8 de noviembre, FJ 3, con ello «en modo alguno se quiso decir que los profesionales de la información tuvieran un derecho fundamental reforzado respecto a los demás ciudadanos; sino sólo que, al hallarse sometidos a mayores riesgos en el ejercicio de sus libertades de expresión e información, precisaban –y gozaban de– una protección específica. Protección que enlaza directamente con el reconocimiento a aquellos profesionales del derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional para asegurar el modo de ejercicio de su fundamental libertad de información (STC 6/1981)».

c) Es también 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), que se intensifica si los implicados tienen la condición de autoridades o funcionarios públicos y los hechos divulgados se refieren directamente al ejercicio de funciones públicas (STC 54/2004, de 15 de abril, FJ 3) o cargos políticos representativos (STC 104/1986, de 17 de julio, FJ 7).

d) El derecho fundamental a la libertad de información no es ilimitado. Como declaró la STC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3, «[c]onscientes de que un ejercicio sin límites podría lesionar otros bienes constitucionalmente relevantes de igual rango constitucional y, por lo tanto, de obligada coexistencia, entre ellos la intimidad de los ciudadanos, el constituyente, al proclamar el derecho en el artículo 20.4 CE, y este Tribunal, al interpretarlo, han concretado las posibilidades de actuación constitucio-

nalmente protegidas, así como los criterios conforme a los cuales ha de delimitarse el contenido del artículo 20.1 CE frente al derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 CE». En la relación con este último derecho fundamental a la intimidad, este Tribunal ha venido entendiendo que la relevancia pública de la información «justifica la exigencia de que se asuman perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia» (SSTC 134/1999, FJ 8; 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 9; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 8; 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3, antes citada, y 127/2003, de 30 de junio, FJ 8). En estos casos, a fin de delimitar si la afectación a la intimidad de las personas ha de reputarse legítima por hallarse justificada en la libertad de información, se ha venido sometiendo a cada uno de los datos publicados a un juicio de necesidad, rechazando que quede protegida la transmisión de aquellos 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).

Dicho en otros términos, para verificar la legitimidad constitucional de intromisión en la esfera de la intimidad de las personas, este Tribunal atiende a la «relevancia comunitaria» de los datos publicados. En tal criterio reside «el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el eventual conflicto entre las pretensiones de información y de reserva (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5; 20/1992, de 14 de febrero; y 121/2002, de 20 de mayo, FJ 4)» (STC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 4). En consecuencia, no está protegida por la libertad de información [art. 20.1 d) CE] la divulgación de datos que, afectando a la intimidad, sean enteramente ajenos a lo «noticiable», excedan de cuanto pueda tener relevancia informativa o puedan calificarse de irrelevantes, gratuitos o innecesarios (SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 8; 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 9; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 8, y 127/2003, de 30 de junio, FJ 8).

(.../...)

Entendemos que en el caso traído ahora a la consideración de este Tribunal, de acuerdo con el ministerio fiscal, y sin que ello suponga admitir el acierto de lo establecido en el ATC 129/2009, no resulta decisiva la consideración del origen del documento publicado.

(.../...)

La incertidumbre sobre la obtención del documento no puede resolverse mediante una presunción de ilicitud. Al margen de otras consideraciones –como las derivadas del contenido del artículo 24.2 CE– una regla favorable a presumir la ilicitud sería contraria a la eficacia del derecho fundamental a la libertad de información y vaciaría de contenido el secreto profesional que, al servicio de aquel derecho, consagra el propio artículo 20.1 d) de la Constitución.

Conviene recordar que, tras reconocer el derecho a «comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión», el artículo 20.1 d) de la Constitución añade que «[l]a Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades». Estas dos menciones, como señaló la STC 6/1981, de 16 de marzo, preservan la «comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular» (FJ 3). En referencia a la cláusula de conciencia, aunque enteramente trasladable al secreto profesional, la STC 199/1999, de 8 de noviembre, declaró que «no puede entenderse exclusivamente como un derecho particular de [l] profesional de la información»; sino, al tiempo, como garantía de que a su través se preserva igualmente la satisfacción del carácter objetivo

de dicha libertad, de su papel como pieza básica en el sistema democrático y de su finalidad como derecho a transmitir y recibir una información libre y plural» (FJ 2).

Esta prerrogativa de los profesionales de la información, por tanto, encuentra su justificación en la función que estos cumplen así como en la garantía institucional de la libertad de información, pues «la jurisprudencia constitucional ha declarado repetidamente que la libertad reconocida en el artículo 20.1 d) CE, en cuanto transmisión de manera veraz de hechos noticiables, de interés general y relevancia pública, no se erige únicamente en derecho propio de su titular sino en una pieza esencial en la configuración del Estado democrático, garantizando la formación de una opinión pública libre y la realización del pluralismo como principio básico de convivencia (entre la abundante jurisprudencia, SSTC 6/1981, 104/1986, 159/1986, 171/1990, 172/1990, 219/1992, 240/1992, 173/1995)» (STC 199/1999, de 8 de noviembre, FJ 2). El secreto profesional opera en este ámbito, según ha señalado la doctrina, como una garantía al servicio del derecho a la información, mediante la que se ensanchan las posibilidades informativas de la sociedad, dándose a conocer hechos y realidades que, sin ella, no verían la luz.

El secreto profesional que consagra el artículo 20.1 d) CE quedaría vacío de contenido si el silencio amparado en él derivase automáticamente en la afirmación por un poder público de la ilicitud de la fuente y la consiguiente prohibición de publicación. Dicho de otro modo, el secreto perdería su finalidad, dejando de ser garantía institucional de la libertad de información, si a su ejercicio legítimo siguiese directamente una restricción de la información a difundir. De ahí que no quepa deducir sin más del silencio la ilicitud de la fuente de la información.

(.../...)

En definitiva, no se publica ningún dato no relacionado con la noticia y los datos publicados cumplen el juicio de necesidad en cuanto se circunscriben estrictamente a lo que se considera «noticiable», sin que excedan de cuanto pueda tener relevancia informativa ni puedan calificarse de irrelevantes, gratuitos o innecesarios.

En consecuencia, la conducta del recurrente, consistente en la difusión, en el ejercicio de su profesión, en un diario digital y con ocasión de una noticia de relevancia pública, de los datos reseñados, que atañen exclusivamente a los hechos noticiables, constituyó el ejercicio legítimo de su derecho fundamental a la libertad de información [art. 20.1 d) CE], de modo que la condena penal ha desconocido el contenido constitucional de dicho derecho fundamental».

(STC 24/2019, de 25 de febrero. Recurso de amparo 3264-2017. Ponente: D. Juan José González Rivas. *BOE* 26-3-2019).

### *Derecho a la libertad de información. Utilización de cámara oculta.*

«En la STC 12/2012 nos referimos a los «contornos o perfiles singulares derivados de la especial capacidad intrusiva del medio específico utilizado para obtener y dejar registradas las imágenes y la voz de una persona» (FJ 6). Entonces fundamentamos la especial capacidad intrusiva de las cámaras ocultas en los siguientes elementos:

a) En primer lugar, «el carácter oculto que caracteriza a la técnica de investigación periodística llamada "cámara oculta" impide que la persona que está siendo grabada pueda ejercer su legítimo poder de exclusión frente a dicha grabación, oponiéndose tanto a su realización como a su posterior publicación o difusión, pues el

contexto secreto y clandestino se mantiene hasta el mismo momento de la emisión y difusión televisiva de lo grabado, escenificándose con ello una situación o una conversación que, en su origen, responde a una previa provocación del periodista interviniendo, verdadero motor de la noticia que luego se pretende difundir» (STC 12/2012, FJ 6).

b) En segundo lugar, «la utilización de un dispositivo oculto de captación de la voz y la imagen se basa en un ardid o engaño que el periodista despliega simulando una identidad oportuna según el contexto, para poder acceder a un ámbito reservado de la persona afectada con la finalidad de grabar su comportamiento o actuación desinhibida, provocar sus comentarios y reacciones así como registrar subrepticamente declaraciones sobre hechos o personas, que no es seguro que hubiera podido lograr si se hubiera presentado con su verdadera identidad y con sus auténticas intenciones» (STC 12/2012, FJ 6).

c) Finalmente, «la finalidad frecuente de las grabaciones de imágenes y sonido obtenidas mediante la utilización de cámaras ocultas es su difusión no consentida en el medio televisivo cuya capacidad de incidencia en la expansión de lo publicado es muy superior al de la prensa escrita» (STC 12/2012, FJ 6).

Por todo ello, este Tribunal ha subrayado la necesidad de «reforzar la vigilancia en la protección de la vida privada para luchar contra los peligros derivados de un uso invasivo de las nuevas tecnologías de la comunicación, las cuales, entre otras cosas, facilitan la toma sistemática de imágenes sin que la persona afectada pueda percatarse de ello, así como su difusión a amplios segmentos del público» (STC 12/2012, FJ 6).

7. Como ocurre con otros conflictos entre derechos, la ponderación es también la forma de resolver los que suscita la técnica periodística de la cámara oculta. Ninguno de los derechos reconocidos en el artículo 18.1 CE es absoluto o incondicionado, de suerte que existen circunstancias que pueden determinar que la regla general conforme a la cual es el titular de este derecho a quien, en principio, corresponde decidir si permite o no la captación y difusión de su imagen por un tercero, ceda a favor de otros derechos o intereses constitucionalmente legítimos (STC 19/2014, FJ 6). De nuestra doctrina se pueden extraer los siguientes criterios de articulación entre los mencionados derechos:

a) En primer lugar, debemos señalar que el factor de la veracidad de la información como límite inmanente solo resulta relevante en la articulación de las libertades de información y expresión con el derecho al honor. Según nuestra doctrina constitucional, cuando se afecta al derecho a la intimidad, lo determinante para resolver el conflicto de derechos es la relevancia pública de la información y no la veracidad del contenido de la información divulgada, en cuanto que, a diferencia de lo que sucede en las intromisiones en el honor, la veracidad no es paliativo sino presupuesto de la lesión de la intimidad (por todas, SSTC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 7; 185/2002, de 14 de octubre, FJ 4; 12/2012, FJ 7, y 58/2018, de 4 de junio, FJ 7).

b) Por tanto, fuera del ámbito del derecho al honor, lo determinante es la relevancia pública de la información publicada, que constituye, como ya se indicó, el otro límite inmanente del derecho a comunicar libremente información. Este derecho no ocupa una posición prevalente absoluta respecto del derecho a la intimidad y a la propia imagen: solo se antepone a estos derechos «tras apreciar el interés social de la información publicada como fin constitucionalmente legítimo». Solo si tiene relevancia pública, alcanza la información «su máximo nivel de eficacia justificadora frente a derechos subjetivos de la personalidad, como el que aquí se debate, los cuales se debilitan, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, pues así lo requieren el pluralismo político, propugnado por el ar-

título 1.1 de la Constitución como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico» (STC 19/2014, FJ 6).

En definitiva, «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» (STC 58/2018, FJ 7).

c) En tercer lugar, debe subrayarse que la inexistencia de consentimiento expreso, válido y eficaz a la utilización de la cámara oculta es lo que propiamente conforma la injerencia y, por consiguiente, origina la situación de conflicto de derechos fundamentales; en otras palabras, no predetermina el resultado de nuestro enjuiciamiento, sino que constituye su presupuesto. Por tanto, como afirmamos en las SSTC 12/2012, FJ 6, y 19/2014, FJ 5, la ausencia de conocimiento y, por tanto, de consentimiento de la persona grabada o fotografiada respecto a la intromisión en su vida privada es, ciertamente, un factor decisivo en el enjuiciamiento de los derechos en conflicto; pero no es el único factor decisivo.

d) En cuarto lugar, cuando la información de relevancia pública se haya obtenido mediante cámara oculta, el enjuiciamiento constitucional debe incorporar un juicio de proporcionalidad específico. Así, hemos señalado que «la intromisión en los derechos fundamentales de terceros resultante del ejercicio de la libertad de información solo será legítima en la medida en que la afectación de dichos derechos resulte adecuada, necesaria y proporcionada para la realización constitucional del derecho a la libertad de información» (SSTC 12/2012, FJ 6; 24/2012, de 27 de febrero, FJ 2, y 74/2012, FJ 2) y que, por lo tanto, «allí donde quepa acceder a la información pretendida sin necesidad de colisionar con los derechos referidos, queda deslegitimada, por desorbitada o desproporcionada, aquella actividad informativa innecesariamente invasora de la intimidad o la imagen ajenos» (STC 12/2012, FJ 6).

En el mismo sentido, la STC 74/2012, sintetizando la doctrina de la STC 12/2012, puso de manifiesto que la utilización periodística de cámaras ocultas no resulta necesaria ni adecuada, desde la perspectiva del derecho a la libertad de información, cuando existan otros «métodos de obtención de la información y, en su caso, una manera de difundirla en que no queden comprometidos y afectados otros derechos con rango y protección constitucional» (FJ 2).

En suma, el enjuiciamiento constitucional del uso periodístico de la cámara oculta requiere un juicio específico de proporcionalidad que se proyecte sobre la existencia o no de medios menos intrusivos para obtenerla, y no sobre el interés general o la relevancia pública de los hechos sobre los que se quiere informar, que de no existir no podría justificar la publicación de la información, con independencia de cómo se hubiera obtenido. La relevancia pública de una información puede justificar su publicación, pero solo la inexistencia de medios menos intrusivos para obtenerla puede justificar que se utilicen, para su obtención, dispositivos tecnológicos altamente intrusivos en la intimidad y la imagen de las personas».

(STC 25/2019, de 25 de febrero. Recurso de amparo 169-2018. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. *BOE* 26-3-2019).

## ARTÍCULO 24.1

*Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a la jurisdicción.*

«El ejercicio de la acción penal en el que se traduce aquel derecho, según nuestra doctrina, «se concreta esencialmente en un *ius ut procedatur*, lo que implica el derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho, que también queda satisfecho con una decisión de inadmisión o meramente procesal que apreciara razonadamente la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la ley (por todas, STC 106/2011, de 20 de junio, FJ 2)... si bien su apreciación constituye una cuestión de estricta legalidad ordinaria –por lo que a este Tribunal le correspondería sólo revisar aquellas decisiones judiciales en las que tales presupuestos procesales se hayan interpretado de forma arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurriendo en un error patente–, el principio *pro actione* prohíbe, además, que se interpreten dichos requisitos procesales de manera tal que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que dichos requisitos preservan y los intereses que sacrifican, pero sin que ello pueda entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles de las normas que la regulan (por todas, STC 237/2005, de 25 de septiembre, FJ 2)» (STC 190/2011, de 12 de diciembre, FJ 3)».

(STC 23/2019, de 25 de febrero. Recurso de amparo 3986-2015. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. *BOE* 26-3-2019).

*Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a la jurisdicción. Competencia de los tribunales españoles. Inexistencia de un principio de jurisdicción universal.*

«No puede existir, como afirman los recurrentes, una vulneración del artículo 24.1 CE, en la medida en que este precepto pueda albergar, dentro de sí y por efecto indirecto del artículo 10.2 CE, un principio de jurisdicción universal absoluta o una prohibición de restricción del ámbito legislativo de la misma. Es esta una cuestión que hemos abordado in extenso en nuestra reciente STC 140/2018, cuyo FJ 5 descarta, puntualmente, la óptica sostenida por los ahora recurrentes de amparo. En este sentido, la resolución de este Tribunal ha declarado que «[p]or lo que hace a los tratados del sistema universal previamente citados, la lectura de los mismos permite concluir que no establecen un modelo único y universalmente válido de aplicación del principio de universalidad de la jurisdicción. Prueba adicional de ello es el contenido de las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas 64/117, de 16 de diciembre de 2009; 65/33, de 6 de diciembre de 2010; 66/103, de 9 de diciembre de 2011; 67/98, de 14 de diciembre de 2012; 68/117, de 16 de diciembre de 2013; 69/124, de 10 de diciembre de 2014; 70/119, de 14 de diciembre de 2015 y 71/149, de 13 de diciembre. Todas ellas reconocen implícitamente que no existe dicho modelo, identificándose una amplia diversidad de opiniones expresadas por los Estados en relación con el alcance y aplicación de la universalidad de la jurisdicción» (FJ 5). También se describe con detalle en la STC 140/2018 que, ni del examen de los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia, ni tampoco de los del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es posible

deducir «la configuración de un principio absoluto y general de jurisdicción universal que sea de obligatoria aplicación por los Estados firmantes de los tratados incluidos en dichos sistemas. Por este lado, no puede afirmarse que el artículo 24.1 CE, en su vertiente de -acceso a la jurisdicción, interpretado a la luz de los tratados de derechos humanos ratificados por España en la lectura que de esos tratados hacen sus órganos de control, enuncie un principio de jurisdicción universal absoluto como el que definía el artículo 23.4 LOPJ, en su versión originaria, que no pueda ser alterado por el legislador. Por tanto, debe entenderse que el derecho de acceso a la jurisdicción, en particular tal y como resulta interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al no tener un carácter absoluto, puede quedar sujeto, en su vigencia aplicativa, a unas limitaciones implícitamente admitidas, especialmente en lo que respecta a los requisitos de admisibilidad de un recurso. Entre estas limitaciones, puede apreciarse la introducción de requisitos de procedibilidad en los supuestos de extensión de jurisdicción» (FJ 5).

La STC 140/2018 concluye el razonamiento declarando que «la Ley Orgánica 1/2014 no es, considerada en su conjunto, contraria al artículo 10.2 CE en relación con el artículo 24.1 CE por definir el principio de jurisdicción universal de forma restrictiva. Y ello por cuanto no puede deducirse del derecho internacional de los derechos humanos, que es parámetro de interpretación obligatorio para este Tribunal, un concepto absoluto y obligatorio de universalidad de la jurisdicción como el que defienden los recurrentes» (FJ 5)».

(STC 10/2019, de 28 de enero. Recurso de amparo 4641-2015. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. *BOE* 22-2-2019. En el mismo sentido, SSTC 23/2019, de 25 de febrero, 35/2019 y 36/2019, ambas de 25 de marzo).

«a) Sobre el principio de jurisdicción universal. Este Tribunal ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre denuncias de vulneración del art. 24.1 CE por el archivo sobrevenido de causas penales en virtud de la aplicación de los mismos preceptos orgánicos. En la STC 10/2019, de 28 de enero, FJ 4 (asunto Falun Gong II), abordamos el archivo de una causa penal abierta por delitos de genocidio y torturas, y concluimos que no se había producido vulneración del art. 24.1 CE porque (i) dicho precepto constitucional no alberga dentro de sí por efecto indirecto del artículo 10.2 CE un principio de jurisdicción universal absoluta o una prohibición de restricción del ámbito legislativo de la misma, y (ii) la eventual contradicción entre la regulación interna (art. 23.4 LOPJ) y los convenios y tratados internacionales relativos a la jurisdicción universal tampoco determina, por sí misma, violación alguna del artículo 24.1 CE, pues estamos ante un juicio de aplicabilidad (control de convencionalidad), que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria y que tiene, por tanto, con carácter general, una dimensión infra-constitucional.

Para alcanzar estas conclusiones, el anterior pronunciamiento se atiene a la doctrina fijada en la STC 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 5, que ha establecido que «[p] or lo que hace a los tratados del sistema universal previamente citados [cita que incluye los cuatro convenios de Ginebra de 1949], la lectura de los mismos permite concluir que no establecen un modelo único y universalmente válido de aplicación del principio de universalidad de la jurisdicción. Prueba adicional de ello es el contenido de las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) 64/117, de 16 de diciembre de 2009; 65/33, de 6 de diciembre de 2010; 66/103, de 9 de diciembre de 2011; 67/98, de 14 de diciembre de 2012; 68/117, de 16 de diciembre de 2013; 69/124, de 10 de diciembre de 2014; 70/119, de 14 de diciembre de 2015 y 71/149, de 13 de diciembre. Todas ellas reconocen implícitamente que no existe dicho modelo, identificándose una amplia diversidad de opiniones expresadas por los Estados en relación con el alcance y aplicación de la universalidad de la jurisdicción». La



STC 140/2018 constata que la Corte Internacional de Justicia no se ha pronunciado directamente sobre el alcance y obligatoriedad del principio de jurisdicción universal, y que «[l]o único que puede deducirse del conjunto de pronunciamientos de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) y de la Corte Internacional de Justicia, así como de otros documentos de referencia, como los principios de Princeton sobre la jurisdicción universal [...] es que el derecho internacional consuetudinario otorga a los Estados la facultad para atribuir competencia universal a sus jueces y magistrados, pero no les impone la obligación de hacerlo, dependiendo el ejercicio de dicha facultad de la relevancia que cada Estado atribuya a la relación entre el ejercicio de la soberanía en el marco de las relaciones internacionales y la garantía del imperio universal de los derechos humanos manifestada en la lucha contra la impunidad de los delitos más graves atentatorios de tales derechos. Esa facultad de los Estados se concreta a través de la firma de tratados internacionales en los que la jurisdicción universal puede conformar un principio de aplicación obligatoria, a través de la legislación interna del orden que se considere pertinente».

Constata igualmente que «[t]ampoco define un modelo único de extensión universal de la jurisdicción el sistema de garantía de los derechos humanos del Consejo de Europa, que se expresa principalmente a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» y que «[r]especto de la jurisdicción universal, no existe un pronunciamiento del tribunal de Estrasburgo que valide con carácter general uno u otro modelo de jurisdicción universal a la luz del artículo 6.1 CEDH», por lo que «[e]n síntesis, no puede deducirse de los pronunciamientos de la Asamblea General de Naciones Unidas, de la Corte Internacional de Justicia o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la configuración de un principio absoluto y general de jurisdicción universal que sea de obligatoria aplicación por los Estados firmantes de los tratados incluidos en dichos sistemas. Por este lado, no puede afirmarse que el artículo 24.1 CE, en su vertiente de acceso a la jurisdicción, interpretado a la luz de los tratados de derechos humanos ratificados por España en la lectura que de esos tratados hacen sus órganos de control, enuncie un principio de jurisdicción universal absoluto como el que definía el artículo 23.4 LOPJ, en su versión originaria, que no pueda ser alterado por el legislador».

Estos argumentos se reproducen en la STC 23/2019, de 25 de febrero, FJ 2, dictada en relación con el sobreseimiento de una causa penal abierta a varios dirigentes chinos por delitos de genocidio, torturas y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado durante la ocupación del Tíbet, y en la STC 36/2019, de 25 de marzo, FJ 2, dictada en relación con el sobreseimiento de una causa penal abierta por delitos de torturas y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado en la base norteamericana de Guantánamo A la luz de esta doctrina, no es posible reprochar a las resoluciones judiciales impugnadas en el presente recurso de amparo haber incurrido en vulneración del art. 24.1 CE por aplicar al proceso una legislación orgánica –el art. 23.4 a) LOPJ y la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014– que ha precipitado su sobreseimiento por encontrarse fuera del ámbito de la soberanía española las personas extranjeras procesadas por la comisión de crímenes de guerra fuera del territorio nacional. Aunque esta legislación merma considerablemente las posibilidades de proyección extraterritorial de la jurisdicción de los tribunales españoles para perseguir crímenes de guerra en comparación con la legislación previgente, no por ello supone menoscabo objetivo del contenido constitucionalmente protegido en el art. 24.1 CE, del que no forma parte la institución de una jurisdicción universal absoluta e incondicionada».

(STC 80/2019, de 17 de junio. Recurso de amparo 6438-2016. Ponente: D. Pedro José González-Trevijano Sánchez. *BOE* 25-7-2019).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso a los recursos.*

«Como ha reiterado este Tribunal, «el acceso a los recursos tiene una relevancia constitucional distinta a la del acceso a la jurisdicción. Mientras que el derecho a la obtención de una resolución judicial razonada y fundada goza de una protección constitucional en el art. 24.1 CE, el derecho a la revisión de esta resolución es, en principio, y dejando a salvo la materia penal, un derecho de configuración legal al que no resulta aplicable el principio *pro actione*». Además, a diferencia del derecho de acceso a la jurisdicción, «el derecho de acceso a los recursos sólo surge de las leyes procesales que regulan dichos medios de impugnación. Por consiguiente, el control constitucional que este Tribunal debe realizar de las resoluciones judiciales dictadas sobre los presupuestos o requisitos de admisión de los recursos tiene carácter externo, pues no le corresponde revisar la aplicación judicial de las normas sobre admisión de recursos, salvo en los casos de inadmisión cuando esta se declara con base en una causa legalmente inexistente o mediante un «juicio arbitrario, irrazonable o fundado en error fáctico patente» (SSTC 55/2008, de 14 de abril, FJ 2; 42/2009, de 9 de febrero, FJ 3, y STC 7/2015, 22 de enero, FJ 3) y sin que sea de aplicación el juicio de proporcionalidad inherente al principio *pro actione*» (SSTC 140/2016, de 21 de julio, FJ 12; 7/2015, 22 de enero, FJ 3; 40/2015, de 2 de marzo, FJ 2; 76/2015, de 27 de abril, FJ 2, y 194/2015, de 21 de septiembre, FJ 6, y el ATC 40/2018, de 13 de abril, FJ 4).

La doctrina anterior, cuando se trata de la revisión de sentencias penales condenatorias, fue matizada por este Tribunal desde sus primeras resoluciones. En el ATC 40/2018, de 13 de abril, FJ 4, se lleva a cabo un repaso por todas ellas, destacando que desde la STC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3, hemos venido señalando que «el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de conformidad con el cual han de interpretarse las normas sobre derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, a tenor de lo dispuesto en el art. 10.2 de esta, consagra el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un “tribunal superior”, conforme a lo prescrito por la ley (art. 14.5)». Este mandato, incorporado a nuestro derecho interno desde la publicación de su ratificación (*BOE* de 30 de abril de 1977), no ha sido considerado bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes, pero sí obliga a considerar que «entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su art. 24.2 se encuentra la del recurso ante un tribunal superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho Procesal Penal de nuestro ordenamiento». Destacamos allí como lo anterior obligó a reinterpretar las normas procesales reguladoras del recurso de casación penal entonces existente apurando al máximo sus virtualidades “para obtener a través de él una eficaz protección del derecho a la presunción de inocencia” (FJ 2), y excluyendo «la imposición de formalismos enervantes y las interpretaciones o aplicaciones de las reglas disciplinadoras de los requisitos y formas de las secuencias procesales» en sentidos que, aunque puedan aparecer acomodados al tenor literal del texto en que se encierra la norma, son contrarios al espíritu y a la finalidad de ésta» (STC 60/1985, de 6 de mayo, FJ 3).

Por el contrario, cuando se trata de la revisión de sentencias absolutorias pronunciadas por la jurisdicción penal, como es el caso, este Tribunal mantiene el canon general sobre el derecho acceso a los recursos legalmente establecidos. En este sentido, la STC 201/2012, de 12 de noviembre, FJ 3, con cita de la precedente STC 132/2011, de 18 de julio, FJ 3, recordaba que, en estos casos, «el control constitucional que este Tribunal puede realizar de las resoluciones judiciales dictadas sobre los presupuestos o requisitos de admisión de los recursos es meramente externo,

debiendo limitarse a comprobar si tienen motivación, si han incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad, únicas circunstancias que pueden determinar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (entre otras, SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 46/2004, de 23 de marzo, FJ 4; 51/2007, de 12 de marzo, FJ 4; 181/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; 20/2009, de 26 de enero, FJ 4, y 65/2011, de 16 de mayo, FJ 3)».

(STC 124/2019, de 28 de octubre. Recurso de amparo 4529-2018. Ponente: D. Juan José González Rivas. BOE 6-12-2019).

*Derecho a la tutela judicial efectiva. Garantía del ne bis in idem procesal transnacional. Procedencia con Auto de sobreseimiento provisional.*

«Uno de los supuestos problemáticos que ha debido abordar la jurisprudencia constitucional en el contexto de la aplicación de esta garantía del *ne bis in idem* procesal es el relativo a la consideración del efecto de cosa juzgada vinculada a las decisiones de sobreseimiento provisional y su eventual efecto preclusivo respecto de un ulterior procedimiento penal. La STC 60/2008, de 26 de mayo, ha abordado con una mayor profundidad y extensión el análisis de esta cuestión. En dicha resolución, este Tribunal estableció que (i) la determinación del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada constituye una cuestión que corresponde a la estricta competencia de los órganos judiciales, por lo que sus decisiones en esta materia solo son revisables por la justicia constitucional conforme al parámetro del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales; (ii) el alcance que sobre el efecto de cosa juzgada material tiene el sobreseimiento –provisional o libre– de un procedimiento respecto de una concreta persona también es una cuestión que, conforme al artículo 117.3 CE, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales, sobre la que este Tribunal solo puede intervenir con arreglo a los parámetros antes establecidos; (iii) que no cabe considerar contrario al artículo 24.1 CE negar el carácter de cosa juzgada material a un sobreseimiento acordado por un órgano judicial cuando no se ha practicado ninguna diligencia encaminada a determinar la naturaleza y circunstancias de los hechos ni tomándose en consideración, para sustentar la decisión de archivo, ningún otro dato que los reflejados en el propio contenido de la denuncia presentada, con fundamento en que en tales supuestos no se ha reiterado el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, con la carga y gravosidad que tal situación le habría originado, y (iv) que, por el contrario, no cabe equiparar a esa consideración de resolución sin efectos de cosa juzgada material, una decisión de sobreseimiento adoptada una vez que se habían practicado por el juez todas las diligencias necesarias de investigación (FJ 9).

Esta jurisprudencia constitucional sobre la necesidad de ponderar los eventuales efectos de la declaración de cosa juzgada material de una resolución judicial de sobreseimiento –con independencia de su carácter definitivo o provisional–, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, aunque ha sido dictada en el marco de la aplicación interna del principio del *ne bis in idem* procesal, resulta coherente con la más actual jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia del *ne bis in idem* procesal transnacional comunitario. Así, tal como también ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal en su informe, en la STJUE de 5 de junio de 2014 (asunto C-398/12), en análisis del artículo 54 del ya citado Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen, se estableció que (i) «ha de considerarse que un auto de sobreseimiento dictado después de una instrucción en la que se recabaron y examinaron distintas pruebas ha sido objeto de una apreciación en cuanto al fondo... en la medida

en que contiene una decisión definitiva sobre el carácter insuficiente de dichas pruebas y excluye toda posibilidad de que el proceso vuelva a abrirse sobre la base del mismo conjunto de indicios» (§ 30); (ii) «la posibilidad de reapertura de la instrucción judicial debido a la aparición de nuevas pruebas... no puede cuestionar el carácter firme del auto de sobreseimiento controvertido en el litigio principal. Es cierto que esta posibilidad no es un “recurso extraordinario” en el sentido de dicha jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero implica la incoación excepcional de un procedimiento distinto, sobre la base de pruebas diferentes, y no la mera continuación del procedimiento ya concluido. Por otra parte, dada la necesidad de comprobar el carácter verdaderamente nuevo de las pruebas invocadas para justificar la reapertura, cualquier nuevo procedimiento basado en esa posibilidad de reapertura, contra la misma persona y por los mismos hechos, solo puede iniciarse en el Estado contratante en cuyo territorio se dictó dicho auto» (§ 40) y (iii) de todo ello concluye el citado Tribunal de Justicia en la declaración de la Sentencia que «[e]l artículo 54 del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen (Luxemburgo) el 19 de junio de 1990, debe interpretarse en el sentido de que un auto de sobreseimiento por el que se decide no remitir el asunto a un tribunal competente para conocer sobre el fondo que impide, en el Estado contratante en el que dictó dicho auto, nuevas diligencias por los mismos hechos contra la persona a la que ampara dicho auto, a menos que aparezcan nuevas pruebas contra ella, debe considerarse una resolución judicial firme, en el sentido de dicho artículo, que impide la apertura de nuevas diligencias contra la misma persona por los mismos hechos en otro Estado contratante». De ese modo, en la STJUE (GS) de 29 de junio de 2016, (asunto C-486/14), se excluye el carácter firme de la decisión de sobreseimiento provisional, «cuando se desprende de la motivación de esa resolución que se puso fin al procedimiento sin llevar a cabo una instrucción en profundidad, siendo indicio de la inexistencia de esa instrucción la falta de audiencia de la víctima y de un eventual testigo» (§ 54).

En conclusión, en atención a la jurisprudencia constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expuesta, el eventual efecto de cosa juzgada material de una decisión de sobreseimiento no depende de la calificación definitiva o provisional del archivo –y, por tanto, de la imposibilidad absoluta de la reapertura del procedimiento– sino de las concretas circunstancias concurrentes en el caso y relativas a que (i) dicha decisión haya sido adoptada una vez que se ha desarrollado un procedimiento penal al que el sujeto haya quedado sometido con la carga y gravedad que ello implica; (ii) se hayan desarrollado por el órgano encargado de la instrucción de ese procedimiento penal todas las diligencias necesarias y razonables de investigación para determinar el carácter delictivo del hecho y la concreta participación de interesado en el mismo, y (iii) como consecuencia de la firmeza de dicha decisión de archivo, la reapertura quede condicionada a la ponderación de la aparición de nuevos indicios relevantes sobre el carácter delictivo del hecho o de la participación del interesado en el mismo. De ese modo, y por lo que se refiere concretamente a la cuestión suscitada en el presente recurso de amparo, debe concluirse que la aplicación transnacional de la garantía de la interdicción del doble enjuiciamiento penal en los supuestos de cooperación judicial internacional determina que los órganos judiciales españoles no pueden acceder a la entrega de una persona que haya sido objeto de un procedimiento penal en España por los mismos hechos en que se funda la solicitud de entrega, cuando dicho proceso penal haya sido archivado en nuestro país en las circunstancias anteriormente señaladas, sin perjuicio de que, en aplicación de otros ins-

trumentos de cooperación judicial internacional, los órganos judiciales españoles puedan proceder a su reapertura a partir de la aportación de nuevos indicios por parte del país requirente».

(STC 3/2019, de 14 de enero. Recurso de amparo 3248-2018. Ponente: D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías. *BOE* 14-2-2019).

## ARTÍCULO 24.2

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Criterios de determinación de la prueba ilícita. Consideración como lícita de la «lista Falciani» para acreditar delitos contra la Hacienda Pública.*

«La interdicción constitucional de la valoración judicial de la prueba ilícitamente obtenida constituye una garantía objetiva de nuestro sistema de derechos fundamentales, vinculada a la idea de un proceso justo (art. 24.2 CE), sobre la que este Tribunal dispone de un amplio cuerpo de doctrina.

La STC 9/1984, de 30 de enero, fue la primera resolución de este Tribunal en la que se planteó esta problemática. El entonces recurrente se quejaba de la posible vulneración de su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) derivada de la admisión de pruebas pretendidamente ilícitas (en aquel caso, una confesión ante la policía obtenida irregularmente). No obstante, el Tribunal no llegó a pronunciarse en aquella ocasión sobre la cuestión planteada ya que apreció la concurrencia del óbice procesal de falta de invocación temporánea en el seno del proceso judicial. Señaló, además, que las vulneraciones aducidas no tenían su origen inmediato en las sentencias condenatorias impugnadas. Desde la óptica del derecho a la presunción de inocencia (igualmente invocado en la demanda de amparo), añadió, sin embargo, que las pruebas cuya exclusión había sido solicitada por el actor no debían ser valoradas como pruebas de cargo, al tratarse de nuevas diligencias policiales que sólo tenían el valor de denuncia. Constató el Tribunal, en cualquier caso, que existían otras pruebas de cargo suficientes, por lo que descartó la violación del derecho a la presunción de inocencia.

Más explícitos fueron los AATC 173/1984, de 21 de marzo, y 289/1984, de 16 de mayo, que representan una posición inicial de exclusión de la relevancia constitucional del problema de la incorporación al acervo probatorio de pruebas ilícitamente obtenidas. En el supuesto resuelto en el primero de autos citados, el recurrente impugnaba el procesamiento, dictado en su contra por el juez de instrucción en el entendimiento de que no estaba fundado en «razones objetivas», por lo que violaba, en su opinión, su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Invocaba el actor en su beneficio el «principio de prohibir utilizar los medios de prueba o piezas de convicción ilícitamente obtenidos», pues, según alegaba, el procesamiento se había fundado en medios de prueba ilícitos. Denunciaba, en particular, que las dos fuentes de las que derivaban los elementos de convicción en los que el juez había basado su decisión estaban viciados de ilicitud por la forma en la que habían sido obtenidos. El Tribunal respondió a esta alegación que la valoración judicial de pruebas ilícitamente obtenidas es «un problema de mera legalidad, totalmente ajeno al control del Tribunal» (ATC 173/1984, de 21 de marzo, FJ 3).

En la misma línea se sitúa el citado ATC 289/1984, de 16 de mayo. También se alegaba, en ese caso, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y también se respondió por parte del Tribunal que la invocación del principio de pro-

hibición de prueba ilícita «no se apoya en ninguna norma de derecho positivo ni de la Constitución, ya que no existen disposiciones legales en que apoyar tal principio y doctrina». Se añadió, incluso, en esta resolución, que «dicho principio general de Derecho no se encuentra reconocido por la jurisprudencia y [...] es sólo una mera aspiración que han patrocinado *de lege ferenda*, para incorporarla al derecho positivo civil, algunos procesalistas españoles, por no existir actualmente norma alguna que impida a los órganos judiciales penales valorar los documentos, cualquiera que sea su origen». En cualquier caso, el Tribunal consideró que, incluso si la ley llegara a contemplar semejante principio o regla de exclusión de la prueba ilícita, «se trataría de un problema, de mera legalidad ordinaria, totalmente ajeno al control de este Tribunal» (FJ 3).

Esta posición de inicial reticencia quedó rápidamente superada con la STC 114/1984, de 29 de noviembre, dictada por la Sala Segunda de este Tribunal. Se impugnaba en aquel supuesto una sentencia de la magistratura de trabajo que declaraba procedente el despido del entonces demandante de amparo. Se alegaba en concreto la violación del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). En el proceso *a quo* se había tenido en cuenta como prueba la transcripción escrita de la grabación fonográfica de una conversación mantenida por el demandante, registrada por su interlocutor sin su consentimiento. Desde el punto de vista de la violación originaria del derecho fundamental sustantivo se planteaba, pues, el problema de la protección dispensada por el art. 18.3 CE en relación con los propios comunicantes. Pero, para el caso de que esta violación fuera reconocida, se suscitaba igualmente en la demanda la posible vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías «por obra de la admisión como prueba [...] de un instrumento ilegítimamente adquirido» (FJ 1), esto es, por el reconocimiento probatorio dado por el órgano judicial a la transcripción de la conversación. El pronunciamiento finalmente adoptado por este Tribunal descartó que se hubiera producido la vulneración originaria del derecho fundamental sustantivo (art. 18.3 CE), lo que no impidió formular por primera vez una doctrina general sobre la relevancia constitucional de la prueba ilícita que puede sintetizarse en tres ideas que constituyen, desde entonces, los principios rectores de nuestra doctrina sobre la materia:

a) La inadmisión procesal de una prueba obtenida con vulneración de un derecho fundamental sustantivo no constituye una exigencia que derive del contenido del derecho fundamental afectado. En la STC 114/1984, de 29 de noviembre, se establece un principio general según el cual si se obtienen elementos de convicción con vulneración de un derecho fundamental sustantivo la atribución a aquellos de fuerza probatoria no supone, por sí misma, una violación del contenido de dicho derecho fundamental, pues éste no incluye la obligación de privar de toda eficacia jurídica a las consecuencias de cualquier acto que atente contra el mismo. Señala, así, el Tribunal, en el inicio de los fundamentos de derecho, que «el razonamiento del actor parece descansar en la equivocada tesis de que existe una consecutividad lógica y jurídica entre la posible lesión extraprocesal de su derecho fundamental y la pretendida irregularidad procesal de admitir la prueba obtenida a partir de aquella lesión. Sin embargo, el acto procesal podrá haber sido o no conforme a Derecho, pero no cabe considerarlo como atentatorio, de modo directo, de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución. [...] Si se acogiese la tesis del recurrente habría que concluir que el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales abarcaría no ya sólo la esfera de libertad o la pretensión vital en que los mismos se concretan, sino también la exigencia, con alcance de derecho subjetivo de no reconocer eficacia jurídica a las consecuencias de cualquier acto atentatorio de tales derechos» (FJ 1).

b) La pretensión de exclusión de la prueba ilícita deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento, tiene naturaleza estrictamente procesal y ha de ser abordada desde el punto de vista de las garantías del proceso justo (art. 24.2 CE). Según declara la STC 114/1984, de 29 de noviembre, «[n]o existe un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita» o, más precisamente, «no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico» y «[c]onviene por ello dejar en claro que la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental». Estamos, antes bien, ante «una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales», cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar pruebas obtenidas con lesión de estos; por lo tanto, si hay violación de la Constitución, se produce en el seno del proceso y en atención a los derechos y garantías procesales previstos en el art. 24.2 CE (FJ 2). c) La violación de las garantías procesales del art. 24.2 CE ha de determinarse, en relación con la prueba ilícitamente obtenida, a través de un juicio ponderativo tendente a asegurar el equilibrio y la igualdad de las partes, esto es, la integridad del proceso en cuestión como proceso justo y equitativo. Según declara el Tribunal en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, «[h]ay que ponderar en cada caso los intereses en tensión para dar acogida preferentemente en [la] decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés también en el reconocimiento de la plena eficacia de derechos constitucionales)». La hipotética vulneración del orden constitucional sólo puede producirse, en concreto, «por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art. 24.2 CE)» (FJ 2). La decisión sobre la prueba ilícita enfrenta al órgano judicial que debe decidir sobre la admisibilidad de los elementos de convicción obtenidos con vulneración previa de un derecho fundamental sustantivo a «una encrucijada de intereses» que ha de resolverse, pues, mediante un juicio ponderativo (FJ 4).

La doctrina posterior de este Tribunal ha establecido los elementos necesarios para afrontar tal juicio ponderativo, de los que nos ocupamos a continuación.

### 3. Elementos del juicio de ponderación. Evolución de la doctrina constitucional.

La primera aproximación a la ponderación necesaria para resolver los intereses en conflicto en relación con la prueba de origen ilícito se contiene en la propia STC 114/1984, de 29 de noviembre, que estableció ya la necesidad de operar a través de un doble juicio:

A) En primer lugar, ha de determinarse la índole de la ilicitud verificada en el acto de obtención de los elementos probatorios. La STC 114/1984, de 29 de noviembre, distingue, a esos efectos, los casos en que ésta tiene una «base [...] estrictamente infraconstitucional», en los que la decisión judicial de incorporación de los elementos de convicción al acervo probatorio carece de relevancia desde el punto de vista del art. 24.2 CE, de aquellos otros casos en los que la ilicitud del acto de obtención de los elementos de convicción radica en «la vulneración de un derecho fundamental» (FJ 4). El Tribunal ha considerado que sólo en ese segundo grupo de supuestos pueden verse comprometidas las garantías constitucionales del proceso. La ilicitud del acto de obtención de pruebas que interesa al art. 24.2 CE es, por tanto, la que radica en la vulneración de un derecho fundamental de libertad o sustantivo. La existencia de una violación antecedente u originaria de un derecho de este tipo constituye, en la doctrina posterior de este Tribunal, la premisa indispensable para que puede existir

una violación del art. 24.2 CE mediante su posterior incorporación al acervo probatorio.

Con sustento en esta primera idea básica, el Tribunal ha afirmado que la regla constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas en vulneración de derechos fundamentales se refiere siempre a la «vulneración de derechos fundamentales que se comete al obtener tales pruebas», y no a las violaciones de procedimiento que, también en relación con la prueba, se producen «en el momento de su admisión en el proceso o de su práctica en él», que quedan reconducidas, en cuanto a su posible dimensión constitucional, a la existencia de una garantía específica que resulte concretamente vulnerada o al juego general de «la regla de la interdicción de la indefensión» (SSTC 64/1986, de 21 de mayo, FJ 2, y 121/1998, de 15 de junio, FJ 6). La prohibición constitucional de valoración de prueba ilícita no entra, por tanto, en juego cuando el acto de obtención de los elementos de prueba ha sido conforme con la Constitución (SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, 107/1985, de 7 de octubre, y 123/1997, de 1 de julio) o cuando la vulneración de un derecho de libertad o sustantivo no ha sido debidamente individualizada en relación con el acto de obtención de la fuente de prueba (STC 64/1986, de 21 de mayo).

B) Una vez constatada la lesión antecedente del derecho fundamental sustantivo, debe determinarse, como segundo paso, su ligamen o conexión con los derechos procesales de las partes desde el prisma del proceso justo y equitativo, o, en palabras de la propia STC 114/1984, la «ligazón» de la prueba controvertida con «un derecho de libertad de los que resultan amparables en vía constitucional». Tal nexo o ligamen existe si la decisión de incorporación al acervo probatorio evidencia una ruptura del equilibrio procesal entre las partes, esto es, una «desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro» (SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 4, y 49/1999, de 5 de abril, FJ 12). La prohibición constitucional de admisión de prueba ilícita se revela, así, como prohibición instrumental, esto es, como mandato constitucional de identificar aquellas vulneraciones de derechos fundamentales consumadas justamente para quebrar la integridad del proceso, esto es, encaminadas a obtener ventajas procesales en detrimento de la integridad y equilibrio exigibles en un proceso justo y equitativo en cuanto genera «una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes» (SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 5, y 49/1996, de 26 de marzo, FJ 2).

Este doble juicio analítico, en el que se sustancia la ponderación constitucional sobre la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, ha sido desarrollado en la doctrina de este Tribunal en dos fases jurisprudenciales:

a) En una primera fase de desarrollo, el Tribunal resolvió un amplio grupo de casos que pueden considerarse como imagen o modelo general del nexo o ligamen entre la violación antecedente de un derecho sustantivo y la prohibición de valoración de prueba ilícita. Se trata de supuestos de ausencia o insuficiencia de la motivación de la resolución judicial autorizadora de una injerencia en el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (SSTC 85/1994, de 14 de marzo, FJ 4; 86/1995, de 6 de junio, FJ 3; 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 6; 49/1996, de 26 de marzo, FJ 2; 54/1996, de 26 de marzo, FJ 8, y 127/1996, de 9 de julio, FJ 3) o en el derecho a la inviolabilidad del domicilio (STC 126/1995, de 25 de julio, FJ 5), injerencias todas ellas directamente consumadas por las autoridades públicas con fines de investigación criminal y de obtención de pruebas de cargo, normalmente en procesos relativos a delitos contra la salud pública (aunque no siempre, véanse las SSTC 64/1986, de 21 de mayo, respecto de un delito de prostitución ilegal, 49/1996, de 26 de marzo, res-



pecto un delito de cohecho, y 54/1996, de 26 de marzo, respecto de detención ilegal) y cuya incorporación al acervo probatorio comprometía, según constató el Tribunal en las citadas resoluciones, la integridad del proceso penal como proceso equitativo y justo (art. 24.2 CE).

En esta primera fase, la tendencia del Tribunal fue, asimismo, extender la aplicación de la regla de exclusión a la prueba llamada derivada, esto es, aquella respecto de la cual la vulneración del derecho fundamental sustantivo constituye mera fuente de conocimiento indirecto, y ello en virtud de una simple conexión causal (SSTC 85/1994, de 14 de marzo, FJ 3 y 4; 86/1995, de 6 de junio, FJ 3, y 49/1996, de 26 de marzo, FJ 2), aunque en otros casos afirmó la independencia de la prueba derivada y, con ello, la compatibilidad de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías con la indemnidad del derecho a la presunción de inocencia, al restar dentro del acervo probatorio, una vez excluida la prueba ilícitamente obtenida, prueba de cargo válida suficiente, para fundar la condena (STC 54/1996, de 26 de marzo, FJ 9).

b) Una segunda fase de definición más precisa del juicio ponderativo sobre el nexo o ligamen del derecho fundamental sustantivo, sus necesidades de tutela y el equilibrio e igualdad de las partes en el seno del proceso se inicia, en la doctrina de este Tribunal, con la STC 81/1998, de 2 de abril, que centra la esencia del conflicto de intereses en la evaluación de las necesidades de tutela que la violación originaria del derecho sustantivo proyecta sobre el proceso en el que se plantea la admisibilidad de la prueba así obtenida. Como condensa la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 12, «[e]n definitiva, es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos». Desde la citada STC 81/1998, de 2 de abril, el Tribunal utiliza dos parámetros fundamentales para evaluar el nexo determinante de una necesidad específica de tutela dentro del ámbito procesal:

(i) El parámetro de control llamado «interno» exige valorar la proyección que sobre el proceso correspondiente tiene la «índole, características e intensidad» de la violación del derecho fundamental sustantivo previamente consumada (STC 81/1998, FJ 4). Desde esta óptica se trata de considerar, en primer lugar, si la vulneración del derecho fundamental ha estado instrumentalmente orientada a obtener pruebas al margen de los cauces constitucionalmente exigibles, comprometiéndose en ese caso la integridad del proceso en curso y el equilibrio entre las partes. No obstante, aunque este primer examen de la índole y características de la lesión evidencie la falta de conexión jurídica entre la intromisión en el derecho fundamental y el proceso, ha de evaluarse, asimismo, sin abandonar la perspectiva interna, si la vulneración del derecho fundamental sustantivo es de tal intensidad que, aun cuando esa conexión instrumental no exista, debe, aun así, proyectarse sobre el ámbito procesal al afectar al núcleo axiológico más primordial de nuestro orden de derechos fundamentales. Así ocurre, en particular, pero no de forma exclusiva, en los casos en los que existe una prohibición constitucional singular, como es la de la tortura o tratos inhumanos o degradantes, supuesto en el cual, aun cuando la vulneración del art. 15 CE carezca de relación de medio-fin con el proceso, no puede admitirse la recepción probatoria de los materiales resultantes. Como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los elementos de cargo (ya sean confesiones o pruebas materiales) obtenidos por medio de actos de violencia o brutalidad u otras formas de trato que puedan calificarse como actos de tortura, no deben nunca servir para probar la culpabilidad de la víctima (STEDH de 11 de julio de 2006, asunto Jalloh contra Alemania, § 99, y, en el mismo sentido, SSTEDH de 17 de octubre de 2006, asunto Gökmen c. Turquía, § 74 y de 28 de junio de 2007, asunto Harutyunyan c. Armenia, § 63).

(ii) Hay, adicionalmente, un parámetro de control «externo» que exige valorar si existen necesidades generales de prevención o disuasión de la vulneración consumada que se proyectan sobre el proceso penal. En palabras de la STC 81/1998, de 2 de abril, se trata de dilucidar si «de algún modo» la falta de tutela específica en el proceso penal supone «incentivar la comisión de infracciones del derecho al secreto de las comunicaciones [el entonces controvertido] y, por lo tanto, privarle de una garantía indispensable para su efectividad» (FJ 6).

Estos criterios de ponderación han sido aplicados por este Tribunal al examen de la prueba llamada derivada, de la que la vulneración del derecho fundamental sustantivo no es más que fuente de conocimiento indirecto. En estos casos nuestra doctrina distingue entre la mera conexión natural con el acto de vulneración del derecho fundamental, requisito considerado necesario pero no suficiente, de la conexión o enlace jurídico, que es el único que evidencia una necesidad de protección procesal del derecho fundamental, aplicando, consiguientemente, los criterios de valoración ya expuestos para apreciar la existencia de ese vínculo jurídico y de la correspondiente necesidad de tutela dentro del proceso (STC 121/1998, de 15 de junio, FJ 2; 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4, y 8/2000, de 17 de enero, FJ 2).

Respecto de la prueba llamada originaria, de la que la vulneración del derecho fundamental constituye la fuente de conocimiento directo, este Tribunal ha señalado, con carácter general, que, en un principio, ha de entenderse que «la necesidad de tutela es mayor cuando el medio probatorio utilizado vulnera directamente el derecho fundamental» (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 12), pero ha estimado que puede apreciarse la desconexión entre la violación del derecho fundamental sustantivo y las garantías procesales que aseguran la igualdad de las partes y la integridad y equidad del proceso atendiendo a los criterios ponderativos generales ya indicados. En otras palabras, cuando la violación del derecho fundamental es la fuente inmediata de conocimiento de los elementos de convicción que pretenden incorporarse al acervo probatorio existe, a priori, una mayor necesidad de tutela sin que esto impida, no obstante, apreciar excepcionalmente que tales necesidades de tutela no concurren por ausencia de conexión jurídica suficiente entre la violación del derecho fundamental sustantivo y la integridad y equidad del proceso correspondiente.

En particular, en la STC 22/2003, de 10 de febrero, el Tribunal consideró compatible con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) la recepción probatoria de elementos de convicción directamente obtenidos en vulneración de un derecho fundamental sustantivo, en concreto, a través del registro domiciliario realizado sin autorización judicial, sin presencia del acusado y sin que se tratase de delito flagrante, ya que las autoridades habían actuado de ese modo en la confianza, amparada entonces por el estado evolutivo de la jurisprudencia, de que el consentimiento prestado por los comoradores de la vivienda era suficiente a pesar de existir una situación de contraposición de intereses entre éstos y el demandante de amparo. El Tribunal declaró entonces que había existido, en efecto, una vulneración originaria del derecho a la inviolabilidad domiciliaria del art. 18.2 CE (FJ 9) y reiteró, como línea de principio para afrontar la posible violación del art. 24.2 CE en relación con la admisión como pruebas de los materiales obtenidos, que «la necesidad de tutela es mayor cuando el medio probatorio utilizado vulnera directamente el derecho fundamental» (FJ 10). No obstante, descartó que, en el caso planteado, existiera una necesidad específica de tutela de la violación consumada en el derecho sustantivo que debiera proyectarse sobre la admisibilidad procesal de las pruebas, pues la entrada y registro se había efectuado de ese modo a causa de un «déficit en el estado de interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación, imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el

hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso lesión alguna del derecho fundamental». La integridad del proceso penal como proceso justo, en el que no cabe que se violen los derechos fundamentales como método instrumental de obtener ventajas probatorias, no había sido comprometida en el caso planteado, pues «el origen de la vulneración se halla[ba] en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado», por lo que «la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso, rechazar» (FJ 10).

(.../...)

Como se ha visto, en la doctrina de este Tribunal son necesarios dos pasos para determinar la posible violación del art. 24.2 CE como consecuencia de la recepción probatoria de elementos de convicción ilícitamente obtenidos: a) se ha de determinar, en primer lugar, si esa ilicitud originaria ha consistido en la vulneración de un derecho fundamental sustantivo o de libertad; b) se ha de dilucidar, en caso de que el derecho fundamental haya resultado, en efecto, comprometido, si entre dicha vulneración originaria y la integridad de las garantías del proceso justo que nuestra Constitución garantiza (art. 24.2 CE) existe un nexo o ligamen que evidencie una necesidad específica de tutela, sustanciada en la exclusión radical del acervo probatorio de los materiales ilícitamente obtenidos.

a) En lo que se refiere al primero de estos pasos, no nos corresponde ahora revisar lo declarado por el Tribunal Supremo en cuanto a la existencia de una violación originaria del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE). Para el recto ejercicio de la jurisdicción constitucional, la declaración efectuada por el órgano judicial *a quo* sobre la existencia de vulneración del derecho fundamental sustantivo no puede ser revisada en esta sede, en perjuicio del recurrente, al no constituir el objeto de debate planteado en la demanda de amparo, tal y como se desprende de los precedentes existentes en nuestra doctrina. Así, en el caso resuelto en la propia STC 81/1998, de 2 de abril, el Tribunal Supremo también había constatado la vulneración del derecho fundamental sustantivo (en aquel caso, del derecho al secreto de las comunicaciones, art. 18.3 CE), señalando entonces el Pleno de este Tribunal que «[e]sa declaración judicial previa ha de ser apreciada aquí como un dato que, ni las partes han sometido a nuestro juicio, ni podríamos valorar negativamente, dado que nuestra jurisdicción, en sede de amparo constitucional, sólo alcanza a conocer de las vulneraciones de los derechos fundamentales, sin que pueda extenderse a eliminar hipotéticas extensiones indebidas de los mismos» [FJ 1].

La vulneración del derecho fundamental a la intimidad declarada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha de darse, pues, por existente, sin que corresponda a este Tribunal revisar de oficio tal declaración.

b) La constatación de la violación originaria del derecho fundamental sustantivo (en este caso, del derecho a la intimidad) no determina por sí sola, sin embargo, la automática violación del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), generando la necesidad imperativa de inadmitir la correspondiente prueba. La apelación al art. 24.2 CE sería superflua si toda violación de un derecho fundamental sustantivo llevara consigo, per se, la consiguiente imposibilidad de utilizar los materiales derivados de ella. Si así fuera, la utilización de tales materiales dentro del proceso penal sería, de por sí, una violación del derecho sustantivo mismo (en este caso, la intimidad) sin que el recurso al art. 24.2 CE para justificar la exclusión tuviera

ninguna relevancia o alcance. Nuestra doctrina, como ya se ha expuesto, no impone semejante automatismo, sino que lleva, antes bien, a la realización de un juicio ponderativo de los intereses en presencia.

El recurrente estima, no obstante, que el art. 11.1 LOPJ, como precepto general aplicable en materia de prueba ilícita en el ámbito de la legalidad ordinaria, excluye cualquier suerte de ponderación e impone a los órganos judiciales una regla taxativa de inadmisibilidad de todo elemento de convicción que proceda de una vulneración de derechos fundamentales. La violación de este precepto, situado en el ámbito de la legalidad ordinaria, determinaría, de por sí, en la perspectiva del actor, la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Vista esta alegación, el análisis sobre la vulneración del art. 24.2 CE debe efectuarse estableciendo si, como señala el demandante, la legalidad ordinaria determina por sí misma el contenido del derecho fundamental en juego excluyendo toda suerte de ponderación. Sólo en caso de respuesta negativa, habremos de determinar si el juicio ponderativo efectuado por el Tribunal Supremo ha respetado el contenido esencial del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) del recurrente de amparo».

(STC 97/2019, de 16 de julio. Recurso de amparo 1805-2017. Ponente: D. Alfredo Montoya Melgar. *BOE* 12-8-2019).

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Interposición de recurso de amparo con pendencia del proceso penal.*

«5. A través de ellas se impugnan resoluciones adoptadas en la causa penal que, por supuestos delitos de rebelión, sedición, malversación de caudales públicos o desobediencia, se sigue en instancia única ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. La demanda cuestiona el contenido del auto de procesamiento y, con tal ocasión, denuncia la competencia objetiva del Tribunal Supremo, así como diversas irregularidades que se dicen padecidas en la tramitación procesal previa a su dictado. En lo que se refiere al proceso penal hemos venido manteniendo una regla general, a tenor de la cual, «en aquellos casos en los que el proceso aún no ha concluido por decisión que se pronuncie sobre la condena o absolución, e incluso en los que la celebración del juicio oral no ha tenido lugar, resulta prematura la invocación de lesiones que podrían ser examinadas ulteriormente en el curso del proceso» (SSTC 73/1999, de 26 de abril, FJ 2; 76/2009, de 23 de marzo, FJ 3, y 78/2009, de 23 de marzo, FJ 2). En el mismo sentido se han pronunciado también las SSTC 247/1994, de 19 de septiembre, FJ 1; 196/1995, de 19 de diciembre, FJ 1; 205/1997, de 25 de noviembre, FJ 3; 18/1998, de 26 de enero, FJ 2; 54/1999, de 12 de abril, FJ 3; 73/1999, de 26 de abril, FJ 2; 121/2000, de 10 de mayo, FJ 2; 155/2000, de 12 de junio, FJ 2; 270/2000, de 13 de noviembre, FJ 3; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 12; 236/2001, de 18 de diciembre, FJ 2; 100/2002, de 6 de mayo, FJ 3, y 171/2009, de 9 de julio, FJ 2; así como, con pretensión de exhaustividad, los AATC 169/2004, de 10 de mayo, FFJJ 1 y 2, y 404/2004, de 2 de noviembre, FFJJ 3 a 5. Esta regla general no prohíbe de modo absoluto que el Tribunal Constitucional conozca, mientras el proceso se encuentre pendiente, de impugnaciones dirigidas contra resoluciones interlocutorias dictadas por el órgano judicial que lo tramita. Y así, para preservar el libre ejercicio de los derechos fundamentales, hemos reconocido en nuestra jurisprudencia diversas excepciones que justifican un pronunciamiento anticipado de amparo en tres supuestos: (i) Cuando las resoluciones judiciales afectan a derechos fundamentales de carácter sustantivo, esto es, distintos de los contenidos en el artículo 24 CE, tanto si se ha ocasionado a los mismos un perjuicio irreparable, como cuando el seguimiento exhaustivo del itinerario

rio procesal previo, con todas sus fases y etapas o instancias, implique un gravamen adicional, una extensión o una mayor intensidad de la lesión del derecho por su mantenimiento en el tiempo; hipótesis que, hasta la fecha, este Tribunal ha acogido en relación con el derecho a la libertad personal y a la libertad sindical (SSTC 128/1995, de 26 de julio, y 27/1997, de 11 de febrero). (ii) Cuando se denuncia la vulneración de derechos fundamentales procesales, siempre que la alegada, además de tratarse de una lesión actual –en tanto hace sentir sus efectos de inmediato en todos y cada uno de los actos que lleve a cabo el juez– hubiera sido analizada y resuelta de forma firme y definitiva en la vía judicial a través de los cauces legalmente establecidos, de forma que ya no podría ser reparada en el proceso judicial en el que se ha producido. Así se ha reconocido tanto en relación con algunas manifestaciones del derecho de defensa y asistencia letrada en los procesos penales (SSTC 71/1988, de 19 de abril, sobre denegación de nombramiento de intérprete, y 24/2018, de 5 de marzo, sobre denegación de personación en causa penal tras orden de busca y captura del declarado rebelde), como con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, aunque sólo en casos en los que se reclamaba la actuación de la jurisdicción ordinaria frente a la jurisdicción militar (SSTC 161/1995, de 7 de noviembre, FJ 4, y 18/2000, de 31 de enero, FJ 2). (iii) Por último, cabe incluir entre estas excepciones los supuestos de revocación de sentencias penales absolutorias que habilitan la posibilidad de un nuevo enjuiciamiento (STC 23/2008, de 11 de febrero, FJ 2).

(.../...)

El cauce procesal adecuado a través del cual han de hacerse valer las dudas sobre la imparcialidad judicial es el incidente de recusación previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial (SSTC 178/2014, de 3 de noviembre, FJ 2; 44/2009, de 12 de febrero, FJ 3; 28/2007, de 12 de febrero, FJ 3, o 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4). De manera específica, lo que nuestra jurisprudencia ha exigido, por razón de lo dispuesto en el artículo 44.1 c) LOTC, es que la invocación en el proceso judicial del derecho fundamental vulnerado se produzca tan pronto como, conocida la vulneración, hubiera lugar para ello, declarando que el ejercicio diligente de la facultad de recusar es «presupuesto procesal de un posterior recurso de amparo en defensa del derecho fundamental al juez imparcial, pues normalmente ese incidente es el que permite invocar el derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida la vulneración hubiese lugar para ello y simultáneamente agotar los recursos utilizables dentro de la vía judicial» (SSTC 384/1993, de 21 de diciembre, FJ 2, y 210/2001, de 29 de octubre, FJ 3).

A lo expuesto se ha de añadir que este Tribunal ha concluido, de forma reiterada y continua, que la resolución judicial que en una causa penal pone término al incidente de recusación, pese a su finalidad e importancia sobre el desarrollo del proceso penal, no supone tampoco el agotamiento de la vía judicial previa. No solo porque la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 228.3) prevé expresamente que «contra la decisión del incidente de recusación no se dará recurso alguno, sin perjuicio de hacer valer, al recurrir contra la resolución que decida el pleito o causa, la posible nulidad de ésta por concurrir en el juez o magistrado que dictó la resolución recurrida, o que integró la sala o sección correspondiente, la causa de recusación alegada», sino porque, además, si se llegara a decretar la apertura del juicio oral, en su fase preliminar, tanto en el procedimiento abreviado, como en el proceso ordinario por delito a través de las cuestiones de previo pronunciamiento –según ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde 1982–, es posible hacer valer y obtener la reparación de las supuestas vulneraciones de derechos fundamentales que se aleguen por las partes (ATC 173/1995, de 6 de junio, FJ 2).

b) Es también prematura e incurre en causa de inadmisión la pretensión de amparo que afirma la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley cuestionando la competencia objetiva de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y, por ende, de su magistrado instructor.

(.../...)

Hemos de poner de relieve que en el momento de presentar la demanda de amparo los recurrentes tenían todavía, en caso de ser acusados, la oportunidad procesal de plantear al tribunal de enjuiciamiento, como artículo de previo pronunciamiento, la declinatoria de jurisdicción que fundamenta su queja (arts. 26, *in fine* y 666.1 LECrim), una vez se reanude el curso de la causa respecto del procedimiento en el que han sido declarados en rebeldía. No es posible apreciar que hasta entonces dicha controversia sobre cuál es el órgano judicial competente para instruir y conocer de la causa hubiera sido firme y definitivamente decidida a través del cauce procesal incidental existente en la vía judicial. Como expusimos ya en las SSTC 129/2018, 130/2018 y 131/2018, de 12 de diciembre, en el caso presente «al tratarse de una causa penal que se sigue en única instancia ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, no es posible utilizar el cauce ordinario de la cuestión de competencia, no sólo porque no exista superior jerárquico común, sino porque el artículo 21 LECrim impide a cualquier juez, tribunal o parte promover cuestión de competencia contra el Tribunal Supremo. Por tanto, para cuestionar la competencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha de acudir, como cauce procesal idóneo para decidir la competencia penal, a la declinatoria de jurisdicción, que ha de plantearse ante el Tribunal de enjuiciamiento, como artículo de previo y especial pronunciamiento [art. 666.1 a) LECrim]. No constituye un fundamento adecuado que permita dar por agotada la vía judicial en esta materia la alegación del contenido del derecho al juez legal como motivo de un recurso que impugna una decisión cautelar, incidental o interlocutoria. No lo es porque quien ha de resolver el recurso, sea el magistrado instructor, la Sala de admisión o la Sala de lo Penal (acuerdo de 21 de diciembre de 2016, de la comisión permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, relativo a la composición y funcionamiento de las Salas y Secciones y asignación de ponencias que deben turnar los magistrados en 2017, «Boletín Oficial del Estado» de 30 de diciembre de 2016), no resuelve definitivamente la cuestión con su pronunciamiento; ni tampoco, al pronunciarse, cuenta con los mismos elementos de juicio que ha de tomar en consideración la Sala de enjuiciamiento dado que, en el momento procesal en que esta última se pronuncia, la instrucción ha finalizado, el procesamiento ya es firme y se han formulado los escritos de acusación y decretado la apertura del juicio oral, delimitando así objetiva y subjetivamente los hechos y personas que configuran el debate procesal» (STC 130/2018, FJ 7)».

(STC Pleno 27/2019, de 26 de febrero. Recurso de amparo 4706-2018. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. *BOE* 26-3-2019. En el mismo sentido, SSTC 38/2019, de 26 de marzo y 39/2019, de 26 de marzo).

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Valoración de las pruebas en segunda instancia penal.*

«La STC 59/2018, de 4 de junio, FJ 3, ha recogido la doctrina en la materia que es objeto de este proceso constitucional. La recordaremos con toda fidelidad transcribiendo sus términos, pues no es necesario añadir matiz alguno a la vista de los perfiles

del asunto que ahora se enjuicia. Decía así, en lo que ahora resulta decisivo para el presente caso:

«3. [...] 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 testificales, 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, entre otras muchas, 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. A las que siguieron con posterioridad las SSTEDH de 27 de noviembre de 2012, asunto Vilanova Goterris y Llop García c. España, y de 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España (§§ 41 a 46).

Esta última resolución del Tribunal de Estrasburgo 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 estas últimas expusieran sus argumentos en respuesta a las conclusiones expuestas. 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 resultó decisivo en la determinación de la culpabilidad de los demandantes, pues el Tribunal Supremo sí que entendió que hubo intencionalidad por parte de los demandantes sin valorar directamente su testimonio, dato 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. Y habida cuenta de todas las circunstancias del proceso, concluyó que los demandantes fueron privados de su derecho a defenderse en el marco de un debate contradictorio, estimando en consecuencia, violación del derecho a un proceso equitativo garantizado por el artículo 6.1 del Convenio (§§ 45 y 46)».

(STC 73/2019, de 20 de mayo. Recurso de amparo 3930-2018. Ponente: D. Fernando Valdés Dal-Ré. *BOE* 25-6-2019).

*Derecho a un proceso con todas las garantías y a un Juez imparcial. Improcedencia de interponer recurso de amparo contra incidente de recusación. Necesidad de esperar a la resolución judicial definitiva del procedimiento.*

«En este caso, como en el analizado en las SSTC 129/2018, 130/2018 y 131/2018, de 12 de diciembre, del Pleno, el momento procesal en el que se ha planteado la solicitud de amparo es relevante. Nos encontramos en un supuesto en el que, sin haber finalizado el proceso *a quo*, se acude ante este Tribunal por una aducida vulneración de derechos fundamentales producida en el seno de una causa penal que se hallaba aún en curso al presentarse la demanda, y que aún hoy sigue sin haber sido resuelta de forma definitiva.

Tal circunstancia procesal, puesta en relación con la naturaleza y contenido del derecho fundamental alegado (art. 24.2 CE), impide entender satisfecha la previsión establecida en el artículo 44.1 a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, conforme a la cual, cuando se dirige contra actos de un órgano judicial, es requisito de admisión del recurso de amparo, «que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial».

Como señaló el Pleno en la STC 147/1994, de 12 de mayo, FJ 3, en casos como el presente, en tanto se cuestiona en amparo la decisión adoptada después de haber presentado los recursos ordinarios que caben contra la misma, puede parecer que los demandantes han agotado los recursos legalmente exigibles en la vía incidental o interlocutoria en la que se adoptan las decisiones judiciales cuestionadas (habitualmente recursos de reforma y apelación), pero la satisfacción del requisito de admisibilidad dirigido a garantizar la subsidiariedad del recurso de amparo es solo aparente cuando, no habiendo finalizado el proceso, tiene el demandante todavía ocasión de plantear ante la jurisdicción ordinaria la vulneración de los derechos fundamentales invocados y tiene también la posibilidad de que esa denunciada vulneración de derecho fundamental sea apreciada. Dicho de otra forma, no se trata propiamente del agotamiento de los concretos recursos previstos procesalmente contra la resolución cuestionada en sí misma considerada, sino de la visión en su conjunto del proceso judicial previo, para descartar que aún quepa en su seno el planteamiento y reparación de la supuesta vulneración; por lo que el respeto a la naturaleza subsidiaria del amparo exige que, sobre cada contenido concreto, se espere a que la vía judicial finalice por decisión firme y definitiva, lo que conlleva inevitablemente asumir una cierta dilación en el pronunciamiento sobre tales contenidos.

Por ello, en particular en lo que se refiere al proceso penal, hemos venido manteniendo una regla general, a tenor de la cual, «en aquellos casos en los que el proceso aún no ha concluido por decisión que se pronuncie sobre la condena o absolución, e incluso en los que la celebración del juicio oral no ha tenido lugar, resulta prematura la invocación de lesiones que podrían ser examinadas ulteriormente en el curso del proceso» (SSTC 73/1999, de 26 de abril, FJ 2; 76/2009, de 23 de marzo, FJ 3, y 78/2009, de 23 de marzo, FJ 2). En las sentencias citadas se ha reiterado que «el marco natural en el que ha de intentarse la reparación del derecho constitucional vulnerado por la actuación del órgano jurisdiccional es el mismo proceso judicial previo, de tal modo que, en principio, solo cuando éste haya finalizado por haber recaído una resolución firme y definitiva puede entenderse agotada la vía judicial y, consecuentemente, es posible acudir ante este Tribunal en demanda de amparo». En el mismo sentido se han pronunciado también las SSTC 247/1994, de 19 de septiembre, FJ 1; 196/1995, de 19 de diciembre, FJ 1; 205/1997, de 25 de noviembre, FJ 3; 18/1998, de 26 de enero, FJ 2;



54/1999, de 12 de abril, FJ 3; 73/1999, de 26 de abril, FJ 2; 121/2000, de 10 de mayo, FJ 2; 155/2000, de 12 de junio, FJ 2; 270/2000, de 13 de noviembre, FJ 3; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 12; 236/2001, de 18 de diciembre, FJ 2; 100/2002, de 6 de mayo, FJ 3, y 171/2009, de 9 de julio, FJ 2; así como, con pretensión de exhaustividad, los AATC 169/2004, de 10 de mayo, FFJJ 1 y 2, y 404/2004, de 2 de noviembre, FFJJ 3 a 5, y SSTC 129/2018, 130/2018 y 131/2018, de 12 de diciembre.

La aplicación de estos criterios a la queja analizada exige destacar que este Tribunal ha concluido, de forma reiterada y continua, que la resolución judicial que en una causa penal pone término al incidente de recusación, pese a su finalidad e importancia sobre el desarrollo del proceso penal, no supone tampoco el agotamiento de la vía judicial previa. No sólo porque la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 228.3) prevé expresamente que «contra la decisión del incidente de recusación no se dará recurso alguno, sin perjuicio de hacer valer, al recurrir contra la resolución que decida el pleito o causa, la posible nulidad de ésta por concurrir en el juez o magistrado que dictó la resolución recurrida, o que integró la Sala o Sección correspondiente, la causa de recusación alegada», sino porque, además, si se llegara a decretar la apertura del juicio oral, en su fase preliminar, tanto en el procedimiento abreviado, como en el proceso ordinario por delito a través de las cuestiones de previo pronunciamiento –según ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde 1982–, es posible hacer valer y obtener la reparación de las supuestas vulneraciones de derechos fundamentales que se aleguen por las partes (ATC 173/1995, de 6 de junio, FJ 2). Desde entonces, en numerosas resoluciones, algunas de ellas dictadas en relación con procesos seguidos ante la Sala Penal del Tribunal Supremo con acusados aforados, se ha apreciado la falta de agotamiento de la vía judicial como causa de inadmisión de las pretensiones de amparo que cuestionan directamente la inadmisión o desestimación de los incidentes de recusación planteados, ya sea contra el Juez instructor de la causa o alguno de los Magistrados que integran la Sala de enjuiciamiento (SSTC 32/1994, de 31 de enero; 196/1995, de 19 de diciembre; 63/1996, de 16 de abril; 205/1997, de 25 de noviembre; 18/2000, de 31 de enero, FJ 5; así como en los AATC 168 y 173/1995, de 6 y 7 de junio; y 414/1997, de 15 de diciembre).

Tal previsión no se refiere únicamente al pronunciamiento de fondo sobre la apariencia de imparcialidad que se cuestione, sino que se extiende a las supuestas vulneraciones de derechos procesales que se alegue se hubieran producido durante la tramitación del incidente de recusación (STC 205/1997, de 25 de noviembre y 69/2001, de 17 de marzo). En la última de las resoluciones citadas (fundamento jurídico 12, in fine) se expuso que «las irregularidades y defectos procesales que puedan producirse en la tramitación de un incidente de recusación «únicamente poseen relevancia constitucional si tienen una incidencia material concreta» (por todas, SSTC 230/1992, de 14 de diciembre, y 6/1998, de 13 de enero); es decir, «si de ellas se ha derivado finalmente una efectiva indefensión material» (STC 138/1999, de 22 de julio, FJ 4 y resoluciones allí citadas)». En tal sentido, no ha sido sino una vez dictada sentencia que pone fin al proceso penal, cuando este Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre decisiones judiciales de inadmisión *a limine* de incidentes de recusación que han sido cuestionadas desde la perspectiva del artículo 24.1 CE (SSTC 136/1999, de 20 de julio, FFJJ 3 a 5; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 12, y 155/2002, de 22 de julio, FFJJ 2 a 6). Por tanto, si existen aún posibilidades de que las supuestas vulneraciones sean alegadas y reparadas en la vía judicial, habrá de esperarse a dichos pronunciamientos para poder valorar si se ha producido una indefensión material constitucionalmente relevante».

(STC Pleno 20/2019, de 12 de febrero. Recurso de amparo 4132-2018. Ponente: D. Santiago Martínez-Vares García. *BOE* 19-3-2019).

*Presunción de inocencia. Valoración en segunda instancia del elemento subjetivo del delito y condena sin escuchar el testimonio del acusado.*

«Este Tribunal ha reiterado, en relación con ese derecho fundamental, que se configura como el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida, lo que determina que sólo quepa considerarlo vulnerado cuando los órganos judiciales hayan sustentado la condena valorando una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, 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 se ha puesto de manifiesto que el control que le corresponde realizar a este Tribunal sobre la eventual vulneración de la presunción de inocencia 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 una conclusión idéntica a la que venimos de transcribir debe llegarse cuando la parte esencial de la actividad probatoria sobre los elementos subjetivos del delito de que se trate no haya sido objeto de consideración por el órgano judicial de revisión con las debidas garantías (STC 73/2019, de 20 de mayo, FJ 4) dado que, como en esta ocasión acontece, la concurrencia de dicho elemento subjetivo del delito contra la ordenación del territorio solo podría ser inferida por el órgano judicial de segunda instancia tras escuchar el testimonio de la acusada con publicidad, inmediación y contradicción, pues la ponderación de su testimonio era absolutamente esencial para poder inferir de manera concluyente la culpabilidad y, muy especialmente, la de su testimonio exculpatorio, 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 aquella.

Por tanto, la condena en segunda instancia, en la medida en que ha dejado de someter a valoración el testimonio exculpatorio de la acusada, ha vulnerado también el derecho a la presunción de inocencia (en igual sentido, STC 59/2018, FJ 5), al tratarse de un elemento esencial del tipo que no ha sido apreciado con las debidas garantías, no existiendo entonces la acreditación precisa que haga viable la condena».

(STC 88/2019, de 1 de julio. Recurso de amparo 1441-2018. Ponente: D. Fernando Valdés Dal-Ré. *BOE* 12-8-2019).

«Este Tribunal cuenta con una consolidada jurisprudencia sobre las exigencias que debe reunir una condena penal o agravación en segunda instancia para ser conforme con el derecho a un proceso con todas las garantías. La STC 88/2013, de 11 de abril, contiene un extenso resumen de dicha doctrina y de su evolución a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fijándola en términos que se reiteran, entre otras, en las más recientes SSTC 105/2016, de 6 de junio, FJ 5; 172/2016, de 17 de octubre, FJ 7; 125/2017, de 13 de noviembre, FFJJ 3 y 6; 146/2017, de 14 de diciembre, FFJJ 6 y 7; 59/2018, de 4 de junio, FJ 3, y 73/2019, de 20 de mayo, FJ 3.

La STC 88/2013, FJ 9, concluye a modo de síntesis que «de conformidad con la doctrina constitucional establecida en las SSTC 167/2002 y 184/2009 vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad; siempre que no haya celebrado una audiencia pública en que se desarrolle la necesaria actividad probatoria, con las garantías de publicidad, inmediación y contradicción que le son propias, y se dé al acusado la posibilidad de defenderse exponiendo su testimonio personal».

Esas garantías no se ven colmadas con la sola reproducción y visionado de la grabación del juicio oral por parte del órgano revisor, pues para ello es preciso que se convoque una vista en la que se pueda oír personal y directamente a quienes han declarado en el juicio oral de primera instancia y, ante todo, al acusado (SSTC 120/2009, de 18 de mayo, FJ 6; 2/2010, de 11 de enero, FJ 3; 30/2010, de 17 de mayo, FJ 4, y 105/2016, FJ 5).

Conforme a esta doctrina constitucional, la posibilidad de condenar o agravar la condena sin audiencia personal del acusado se reduce a los supuestos en que el debate planteado en segunda instancia versa sobre estrictas cuestiones jurídicas, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse y la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado (SSTC 88/2013, FJ 8, y 125/2017, FJ 5). Por el contrario, resulta incompatible con el derecho a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial «condene a quien ha sido absuelto en la instancia, o agrave su situación, como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas –como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados– cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en una vista pública, en presencia del órgano judicial que las valora y de forma contradictoria, esto es, en presencia y con la intervención del acusado» (STC 125/2017, FJ 3). Asimismo vulnera ese derecho la condena o agravación en vía de recurso consecuencia de un debate sobre cuestiones de hecho y de derecho que afectan a la declaración de inocencia o culpabilidad del acusado al que no se dio oportunidad de exponer su versión personal sobre su participación en los hechos (últimamente, en extenso,

SSTC 125/2017, FJ 5, y 88/2019, FJ 3; y STEDH de 22 de noviembre de 2011, asunto Lacadena Calero c. España, § 38, citada con profusión, entre otras, en las más recientes SSTEDH de 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España, §§ 38, 43, y de 24 de septiembre de 2019, asunto Camacho Camacho c. España, § 30).

En el desarrollo de esa jurisprudencia sobre las garantías procesales para condenar o agravar la pena en segunda instancia, se ha abordado específicamente por este Tribunal su proyección a los elementos subjetivos del tipo. Al respecto, y de nuevo en los términos en que se pronunció la STC 88/2013, FJ 8, con cita de la STC 126/2012, FJ 4, hemos subrayado que «también el enjuiciamiento sobre la concurrencia de los elementos subjetivos del delito forma parte, a estos efectos, de la vertiente fáctica del juicio que corresponde efectuar a los órganos judiciales, debiendo distinguirse del mismo el relativo a la estricta calificación jurídica que deba asignarse a los hechos una vez acreditada su existencia. De este modo, si bien la revisión de la razonabilidad de las inferencias a partir de la cual el órgano *a quo* llega a su conclusión sobre la inexistencia de dolo –u otro elemento subjetivo del tipo– no precisará de la garantía de inmediación si tal enjuiciamiento no se produce a partir de la valoración de declaraciones testimoniales, sí deberá venir presidido, en todo caso, por la previa audiencia al acusado».

La consecuencia de todo ello es que la audiencia del acusado se configura con un doble propósito: de un lado, atender al carácter de prueba personal del testimonio del acusado, que exige de inmediación para ser valorada y, de otro, garantizar el derecho a dirigirse al órgano judicial que va a decidir sobre su culpabilidad y a ser oído personalmente por este (SSTC 88/2013, FJ 9; 105/2016, FJ 5, y 125/2017, FJ 5).

Este criterio, reiterado, entre otras, en las SSTC 157/2013, de 23 de septiembre, FJ 7; 205/2013, de 5 de diciembre, FJ 5; 125/2017, FJ 6; 146/2017, FJ 7; 59/2018, FJ 3, o 73/2019, FJ 2, es coincidente con la consideración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que, con carácter general, la revisión de los elementos subjetivos del delito es una cuestión de hecho y no una cuestión de calificación jurídica y, por ello, precisa la audiencia al acusado (SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto Igual Coll c. España; 22 de noviembre de 2011, asunto Lacadena Calero c. España; 13 de diciembre de 2011, asunto Valbuena Redondo c. España; 20 de marzo de 2012, asunto Serrano Contreras c. España; 27 de noviembre de 2012, asunto Vilanova Gote rris y Llop García c. España; 8 de octubre de 2013, asunto Nieto Macero c. España; 8 de octubre de 2013, asunto Román Zurdo c. España; 12 de noviembre de 2013, asunto Sainz Casla c. España; 8 de marzo de 2016, asunto Porcel Terribas y otros c. España; 29 de marzo de 2016, asunto Gómez Olmeda c. España; 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España; 13 de marzo de 2018, asunto Vilches Coronado y otros c. España; o 24 de septiembre de 2019, asunto Camacho Camacho c. España).

En palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «cuando el razonamiento de un Tribunal se basa en elementos subjetivos, [...] es imposible proceder a la valoración jurídica del comportamiento del acusado sin haber tratado previamente de probar la realidad de dicho comportamiento, lo que implica necesariamente la comprobación de la intencionalidad del acusado en relación con los hechos que le son imputados» (por todas, asunto Lacadena Calero, § 47). O, dicho con nuestras propias palabras, «en cuanto los elementos anímicos se infieren de la conducta del autor, esto es, de su manifestación externa en un contexto determinado, la apreciación de su concurrencia no solo expresa una valoración fáctica necesitada usualmente de publicidad, inmediación y contradicción, sino que, en todo caso, ha de ofrecerse al acusado, que niega haber cometido el hecho que se le imputa, la posibilidad de estar presente en un debate público donde pueda defender sus intereses contradictoriamente» (STC 125/2017, FJ 6).

Para concluir este recordatorio de la jurisprudencia constitucional concernida debe insistirse en que, también de forma repetida, hemos apreciado que la lesión del

derecho a la presunción de inocencia se sigue de la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en la segunda instancia –bien por haberse valorado pruebas practicadas sin las debidas garantías, bien por no haberse dado al acusado la posibilidad de ser oído– cuando la condena se haya basado de manera exclusiva o esencial en la valoración o reconsideración de esas pruebas practicadas sin las debidas garantías. En «tales casos el efecto de exclusión de la valoración judicial de las mismas pondría ya de manifiesto que la inferencia sobre la conclusión condenatoria sería ilógica o no concluyente. 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 determina la anulación de la sentencia condenatoria sin retroacción de actuaciones» (STC 88/2013, FJ 12, citada en este aspecto recientemente, por ejemplo, en las SSTC 125/2017, FJ 9; 59/2018, FJ 5; 73/2019, FJ 4, y 88/2019, FJ 4)».

(STC 149/2019, de 25 de noviembre. Recurso de amparo 3340-2018. Ponente: D. Andrés Ollero Tassara. *BOE* 6-1-2020. En el mismo sentido, STC 172/2019, de 16 de diciembre. *BOE* 24-1-2020).

*Presunción de inocencia y derecho de defensa. Omisión por el Tribunal juzgador de valoración de una prueba correctamente presentada.*

«La omisión de valoración de medios de prueba efectivamente practicados en un procedimiento trasciende el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión garantizado en el art. 24.1 CE (ámbito en que lo sitúan las ya citadas SSTC 189/1996, de 25 de noviembre, FJ 4, y 139/2009, de 15 de junio, FJ 3) para alcanzar la esfera de protección del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE en caso de que se trate de la omisión de valoración de la versión y pruebas de descargo deducidas por el sujeto pasivo de un procedimiento penal o administrativo-sancionador, con el matiz de que «se exige solamente ponderar los distintos elementos probatorios, pero sin que ello exija que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo» (SSTC 59/2011, de 3 de mayo, FJ 3; 148/2009, de 15 de junio, FJ 4; 187/2006, de 19 de junio, FJ 2; 242/2005, de 10 de octubre, FJ 5, y 124/2001, de 4 de junio, FJ 19). En cualquier caso, el procedimiento constitucional de amparo es marco adecuado para que este Tribunal verifique el debido control de que los órganos judiciales han cumplido con su deber de valorar las alegaciones y pruebas de descargo conforme a las exigencias inherentes al derecho a la presunción de inocencia.

(.../...)

Este Tribunal ha dicho que desde la óptica constitucional del juicio *ex art.* 24.1 CE la indebida falta de valoración de una prueba pertinente constituye «un supuesto de ausencia de respuesta judicial a la pretensión planteada, quicio del mencionado art. 24.1 C.E.» (STC 189/1996, de 25 de noviembre, FJ 4) y que la ausencia total de valoración de una prueba admitida y practicada en el proceso *a quo* «supone una falta de respuesta judicial, inclu so tácita» a la pretensión deducida en el mismo (STC 139/2009, de 15 de junio, FJ 5)».

(STC 61/2019, de 6 de mayo. Recurso de amparo 3433-2018. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. *BOE* 10-6-2019).

## ARTÍCULO 25

*Improcedencia de vulneración del derecho a la legalidad penal por aplicación retroactiva de jurisprudencia nueva.*

«Se formula esta denuncia como segundo motivo de amparo, suscitando una cuestión zanjada igualmente en la STC 146/2017, FJ 5, donde se niega la premisa mayor de que se haya producido una modificación del criterio jurisprudencial susceptible de cercenar legítimas expectativas de recibir un trato penal más benévolo:

«Invocan los demandantes como fundamento de su pretensión anulatoria la doctrina emanada de la STEDH de 21 de octubre de 2013 (asunto del Río Prada c. España). Sin embargo, el caso sometido a nuestro enjuiciamiento, a diferencia del abordado por la Sentencia indicada, no ha supuesto una aplicación retroactiva de una interpretación jurisprudencial desfavorable e imprevisible. [...]

En el presente caso, como se pone de manifiesto en las resoluciones impugnadas, había ya un precedente jurisprudencial que abordaba un caso similar al resuelto en la primera STS 484/2015. En efecto, en la STS 1377/1997, de 17 de noviembre, que estimó el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de primera instancia que absolvió a los procesados del delito de cultivo de drogas y estupefacientes, el Tribunal Supremo se pronunció en términos contundentes, al condenar a los responsables de una asociación de similar naturaleza a la constituida y dirigida por los demandantes, que había arrendado una finca para plantación de cannabis y la destinaba exclusivamente al autoconsumo de sus socios.»

El precedente de la Sala Penal del Tribunal Supremo al que alude la STC 146/2017 disipaba ya en la fecha de realización de los hechos enjuiciados en el procedimiento antecedente toda expectativa de recibir un tratamiento penal distinto y más favorable, pues de dicho precedente cabía extraer con meridiana claridad la conclusión de que el cultivo compartido de cannabis en el ámbito de una asociación no podía aspirar al grado de tolerancia judicial que los demandantes de amparo afirman que era objetivamente esperable».

(STC 78/2019, de 3 de junio. Recurso de amparo 1926-2018. Ponente: D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías. *BOE* 8-7-2019).

## ARTÍCULO 120.1

*El principio de publicidad de las actuaciones judiciales y el secreto de sumario.*

«Particularidades del proceso penal: constitucionalidad del secreto sumarial e incidencia en el derecho de defensa; la publicidad como ejercicio del derecho a un proceso público en la fase de enjuiciamiento.

La publicidad de las actuaciones judiciales es un principio constitucional de general aplicación, sin perjuicio de las excepciones que en determinados casos puedan prever las leyes de procedimiento (art. 120.1 CE). Según ha expresado este Tribunal (SSTC 159/2005, de 20 de junio, FJ 3; 96/1987, de 10 de junio, FJ 2, o 56/2004, de 19 de abril, FJ 5), tales excepciones pueden producirse cuando, por exigencias del

principio de proporcionalidad, deba ponderarse que otros derechos fundamentales o bienes con protección constitucional han de tener prevalencia.

a) Tal y como indicó la STC 159/2005, de 20 de junio, FJ 3, en desarrollo de este principio general de publicidad procesal, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) dispone la entrega a los interesados de la información que soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer salvo que hubieren sido declaradas secretas o reservadas conforme a la ley (arts. 232.1 y 234.1 LOPJ). Reconoce, asimismo, a las partes procesales y a cualquier persona que acredite un interés legítimo y directo el derecho a obtener copia de los escritos y documentos que consten en autos, no declarados secretos ni reservados, así como testimonios y certificados, en los casos y modo establecidos en las leyes (art. 234.2 LOPJ). Esa accesibilidad se expande en el art. 235 LOPJ para permitir a cualquier interesado solicitar la exhibición de libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado, mediante las formas legalmente establecidas.

Es la limitación al conocimiento del resultado de la investigación que tiene por causa el secreto sumarial la que interesa en este proceso de amparo. Sus perfiles constitucionales y eficacia procesal habrán de compaginarse, además, con la remisión al art. 505.3 LECrim que, con ocasión de la reforma operada en el año 2015, ha venido a incorporarse al art. 302 LECrim.

b) El derecho a un proceso público en materia penal (art. 24.2 CE, en consonancia con los arts. 11 de la Declaración universal de derechos humanos; art. 14 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, y art. 6 del Convenio europeo de derechos humanos: CEDH) es garantía del justiciable frente a una justicia secreta que escape a la fiscalización del público. Constituye también un medio para preservar la confianza de los ciudadanos en los tribunales, de forma que, al dotar a la administración de justicia de transparencia, contribuye a realizar los fines del derecho al proceso justo (STEDH de 8 de diciembre de 1983, asunto Axen y otros contra Alemania, § 25).

Este Tribunal tiene dicho, no obstante, que el principio de publicidad respecto de terceros, no es aplicable a todas las fases del proceso penal, sino tan solo al acto oral que lo culmina y al pronunciamiento de la subsiguiente sentencia (SSTC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 2, y 174/2001, de 26 de julio, FJ 3, que acogen lo expuesto en la STEDH de 22 de febrero de 1984, asunto Sutter contra Suiza, y las SSTEDH de 8 de diciembre de 1983, asuntos Pretto y otros contra Italia, y Axen y otros contra Alemania).

c) Como expuso la STC 18/1999, de 22 de febrero, FJ 2, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución solo pueden ceder ante los límites que la propia Constitución imponga expresamente, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981, 2/1982 y 58/1998).

El secreto, como instrumento preordenado a asegurar el éxito de la investigación penal, ha de emplearse con cautela evitando todo exceso, tanto temporal como material, alejado de lo imprescindible (SSTC 100/2002, de 6 de mayo, FJ 4, y 18/1999, de 22 de febrero, FJ 4). La declaración de secreto ha de utilizarse de forma restrictiva, tras el correspondiente juicio de ponderación entre la búsqueda de la verdad, como muestra del valor justicia, y el sacrificio de otros intereses y derechos igualmente dignos de protección. Asimismo, debe evitar el instructor que el secreto constriña en tal modo los derechos fundamentales de los afectados por la medida que implique la omisión de las garantías legítimamente reconocidas (STC 18/1999, de 22 de febrero, FJ 4).

Aunque el tiempo de duración del secreto del sumario no es por sí solo dato determinante en orden a apreciar un resultado de indefensión (STC 176/1988, FJ 3), sin embargo, si esta suspensión temporal se convierte en una imposibilidad absoluta de conocimiento de lo actuado hasta el juicio oral, puede impedir que el investigado esté «en disposición de preparar su defensa de manera adecuada» (STEDH de 18 de marzo de 1997, asunto Foucher contra Francia). Por tanto, la decisión judicial de decretar secretas las actuaciones sumariales podrá incidir sobre el derecho de defensa del imputado cuando carezca de justificación razonable, no se dé al mismo posibilidad posterior de defenderse frente a las diligencias de prueba obtenidas en esta fase o, por último, se retrase hasta el acto del juicio oral la puesta en conocimiento del imputado de lo actuado (SSTC 100/2002, de 6 de mayo, FJ 4, y 174/2001, de 26 de julio, FJ 3).

(STC 83/2019, de 17 de junio. Recurso de amparo 365-2018. Ponente: D. Juan José González Rivas. *BOE* 25-7-2019. En el mismo sentido, SSTC 94 y 95/2019, de 15 de julio. *BOE* 12-8-2019).

## CÓDIGO PENAL

### ARTÍCULO 368

#### *Tráfico de drogas. Asociaciones dedicadas al cultivo de cannabis. Error de prohibición.*

«Los motivos de amparo primero y cuarto vienen a aseverar que la condena de los demandantes dictada por la Audiencia Provincial lesiona su derecho a la legalidad penal reconocido en el art. 25.1 CE por incurrir en graves errores de subsunción jurídica que se habrían consumado en dos fases, primero al encuadrar en el delito contra la salud pública previsto y penado en el art. 368 del Código penal la participación de los actores en una actividad asociativa inocua para la salud pública general por su carácter limitado y acotado a sus miembros, y seguidamente al no aplicarles el efecto exoneratorio que el art. 14.3 CP anuda al error invencible de prohibición que ha de beneficiar a quien actúa con el convencimiento de no haber traspasado los márgenes de la legalidad.

Por medio de estas alegaciones la demanda hace aflorar nuevamente la cuestión de la legitimidad constitucional a la luz del principio de legalidad penal del art. 25.1 CE del tratamiento que desde el plano legal y jurisprudencial recibe en nuestro país la actividad de cultivo compartido de cannabis en el seno de asociaciones de usuarios de dicha sustancia, cuestión que ha sido dirimida en sentido favorable a su validez en la STC 146/2017, de 14 de diciembre, citada en la demanda, y de inexcusable referencia, cuya doctrina, como bien indica el Ministerio Fiscal, se ha visto confirmada en las posteriores SSTC 36/2018 y 37/2018, de 23 de abril.

La STC 146/2017, de 14 de diciembre valida la constitucionalidad del juicio positivo de tipicidad efectuado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su sentencia de 7 de septiembre de 2015, que es la que invocan precisamente las resoluciones judiciales impugnadas en este recurso de amparo para desestimar la alegada falta de tipicidad de la conducta de los demandantes, a los que se absuelve en primera instancia por una causa excluyente de la culpabilidad, no de la antijuridicidad.



En la meritada sentencia este Tribunal dijo que la redacción del art. 368 del Código Penal «no contempla un tipo delictivo de formulación tan abierta que respalde el ejercicio de una decisión prácticamente libre y arbitraria» toda vez que utiliza «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, [que] no dejan en la indefinición la conducta típica», por lo que descarta que el precepto incumpla las exigencias materiales de taxatividad inherentes al art. 25.1 CE [STC 146/2017, FJ 3 b)]. Recuerda seguidamente que el canon de razonabilidad de la operación judicial de subsunción de los hechos probados en la norma penal o sancionadora fija como primer criterio el de «la compatibilidad de dicha subsunción con el tenor literal de la norma, con la consiguiente prohibición de la analogía *in malam partem*» al que 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», para concluir que la condena de los miembros de una asociación cannábica de características similares satisfacía el canon «en consideración a la magnitud de las cantidades de droga manejadas, el riesgo real y patente de difusión del consumo, la imposibilidad de constatar con plena certidumbre la condición de consumidores habituales de la sustancia y la de controlar el destino que pudieran dar al cannabis sus receptores» añadiendo que «[e]s claro que 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» [STC 146/2017, FJ 4 c)].

En lo que se refiere a la apreciación del error de prohibición como vencible, este Tribunal dijo que «no se trata de un problema de subsunción penal» sino de un juicio de inferencia basado en que «los recurrentes albergaban dudas sobre la ilicitud de su conducta y sin embargo no trataron de verificar si esa actividad era conforme a derecho», en 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», añadiendo que en cualquier caso «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 146/2017, FJ 4 c)].

La mera cita de esta doctrina excusa de mayor razonamiento para desechar que la aplicación del art. 368 CP pueda considerarse fruto de una voluntarista extensión a conductas no comprendidas en su supuesto de hecho, pues la asociación constituida y regida por los actores responde a la misma tipología.

En lo que se refiere a la apreciación al caso del error de prohibición como vencible, la Audiencia Provincial lo sustenta, con un complemento del *factum* cuya legitimidad constitucional será analizada más tarde, en la ambigüedad calculada con la que habían sido definidos los fines sociales en los estatutos, la actividad real de la asociación, que se dedicaba efectivamente al cultivo de cannabis en cantidades relevantes en cuatro fincas, lo que no se correspondía exactamente con los fines declarados en los estatutos administrativamente registrados, el rendimiento económico obtenido, que excedía los costes de su mantenimiento y daba margen a un cierto lucro, y singularmente las cantidades de cannabis de las que podía hacer acopio cada socio, que hacían incontrolable por sus directivos su eventual difusión a terceros, con la consiguiente puesta en peligro del bien jurídico protegido, elementos que llevan al tribunal a descartar la inevitabilidad del error y el efecto exoneratorio previsto en el art. 14.3 CP para los casos de error invencible de prohibición.

Se trata de una argumentación que no presenta fallas argumentales, ni contraviene el tenor literal de la norma aplicada, ni la finalidad a la que responde como medio de concreción del grado de culpabilidad del autor por el hecho punible cometido, por lo que no contraviene el principio de legalidad penal del art. 25.1 CE.

(.../...)

En la determinación de la legitimidad de la reacción penal se ha de tener en cuenta que «el derecho de asociación ‘no tiene carácter absoluto y colinda con los demás derechos de la misma índole y los derechos de los demás’ (STC 104/1999, de 14 de junio, FJ 2 y ATC 213/1991, de 4 de julio, FJ 2) ya que ‘los derechos fundamentales no son derechos absolutos e ilimitados. Por el contrario, su ejercicio está sujeto tanto a límites establecidos directamente en la propia Constitución como a otros que puedan fijarse para proteger o preservar otros derechos fundamentales, valores o bienes constitucionalmente protegidos o intereses constitucionalmente relevantes (entre otras muchas, SSTC 1/1981, 2/1982, 91/1983, 22/1984, 110/1984, 77/1985, 159/1986, 120/1990, 181/1990 y 143/1994)’ (ATC 254/2001, de 20 de septiembre, FJ 4)» [STC 42/2011, FJ 3].

(.../...)

Este Tribunal ha distinguido conceptualmente dos tipos de clubes de cannabis, los que sirven de instrumento para «el abastecimiento, dispensación y consumo de cannabis», y los «dirigidos a fines relacionados con el cannabis pero distintos de su obtención y consumo (fines informativos, de estudio, debate y similares)», para rechazar que las comunidades autónomas puedan proyectar sus potestades legislativas sobre los primeros por su potencial incidencia en el título competencial exclusivo y prevalente del Estado en materia de legislación penal *ex* art. 149.1.6 CE vid. SSTC 144/2017, de 14 de diciembre, FFJJ 3 y 4, en relación con la Ley Foral 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis en Navarra; 29/2018, de 8 de marzo, FFJJ 2 y 3, en relación con el art. 83 de la Ley del Parlamento Vasco 1/2016, de 7 de abril, de atención integral de adicciones y drogodependencias, y 100/2018, de 19 de septiembre, FFJJ 3 a 5, en relación con la Ley del Parlamento de Cataluña 13/2017, de 6 de julio, de las asociaciones de consumidores de cannabis].

Sobre estas leyes se dijo que «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», razón por la cual rechazamos que la normativa autonómica pudiera «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 inculminatoria, ya lo sea en vía penal o en la vía administrativa sancionadora» (STC 144/2017, FJ 3).

En atención a lo expuesto, el derecho de asociación carece de virtualidad para normalizar las conductas seleccionadas por sus titulares en el momento de su ejercicio al definir el objeto, actividades y fines a las que se va a consagrar una determinada asociación, si se trata de conductas con relevancia penal. En el presente caso la asociación constituida y regida por los demandantes de amparo respondía, según se desprende del relato de hechos probados consolidado en las sentencias impugnadas, a la tipología primera, de cultivo y consumo compartido, por lo que al ser instrumento para «el abastecimiento, dispensación y consumo de cannabis» e incidir en el ámbito del art. 368 del Código penal, no podía servir de cobertura justificativa de dicha conducta.

(STC 78/2019, de 3 de junio. Recurso de amparo 1926-2018. Ponente: D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trías. *BOE* 8-7-2019).

## **LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

### **ARTÍCULO 43.2**

#### *Extemporaneidad en la interposición del recurso de amparo.*

«De acuerdo con la doctrina que resulta de las SSTC 13/2017, de 30 de enero, FJ 3, y 21/2018, de 5 de marzo, FJ 2, de la que hace aplicación la más reciente STC 11/2019, de 28 de enero, FJ 2, en los casos donde se alegue de manera exclusiva en la demanda de amparo interpuesta contra la denegación judicial de una solicitud de *habeas corpus*, la comisión por la policía de vulneraciones del artículo 17 CE durante el tiempo que dure la situación de detención de una persona, estaremos ante un recurso de amparo del artículo 43.1 LOTC, puesto que se trata de una medida cautelar gubernativa, no judicial. Distinto será el caso en que la demanda alegue, conjuntamente con aquéllas, la lesión también de derechos fundamentales en la resolución dictada por el Juzgado instructor al resolver la solicitud, sean por ejemplo los del ar-

tículo 24 CE o, incluso, la lesión del artículo 17.4 CE (supuesto enjuiciado en la STC 21/2018), tratándose entonces de un recurso de amparo «mixto». Si la demanda de amparo, por último, se interpone únicamente contra la decisión judicial de inadmitir a trámite, o de desestimar en el fondo, la solicitud de *habeas corpus*, por vulneraciones causadas de manera directa por esta última resolución, estaríamos ante un recurso de amparo del artículo 44 LOTC.

(.../...)

Como tuvimos además ocasión de precisar en la ya citada STC 11/2019, FJ 2, en un recurso de amparo por hechos similares a los aquí traídos a la consideración de este Tribunal, aunque en relación a distinto recurrente, «la actuación policial discutida, que es la detención del recurrente, ni siquiera había sido ordenada por la autoridad judicial: antes bien, fue adoptada de forma autónoma por la unidad policial actuante. Es indiscutible que, en ningún caso, estamos ante actos imputables al órgano judicial, por lo que cualquier vulneración de derechos fundamentales en la que estas actuaciones policiales autónomas incurran no pueden calificarse, en modo alguno, como vulneraciones del artículo 44 LOTC, debiendo quedar subsumidas en el artículo 43 LOTC, por lo que quedan sujetas así al plazo de impugnación que este precepto determina, que es de veinte días».

(STC 16/2019, de 11 de febrero. Recurso de amparo 5379-2017. Ponente: D. Ricardo Enríquez Sancho. *BOE* 19-3-2019).

## ARTÍCULO 44.1C)

### *Invocación previa, en el proceso, de la vulneración del derecho fundamental*

«Conforme a una reiterada doctrina de este Tribunal (por todas, SSTC 90/1999, de 26 de mayo, FJ 2; 310/2000, de 18 de diciembre, FJ 2; 158/2002, de 16 de septiembre, FJ 4, y 268/2005, de 24 de octubre, FJ 6), el requisito exigido por dicho precepto no resulta un mero formalismo retórico o inútil, ni una fórmula inocua, pues tiene por finalidad, por una parte, que los órganos judiciales tengan la oportunidad de pronunciarse sobre la violación constitucional, haciendo posible el respeto y el restablecimiento del derecho constitucional en sede jurisdiccional ordinaria y, por otra, preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo, que resultaría desvirtuado si ante ella se plantearan cuestiones sobre las que previamente, a través de las vías procesales oportunas, no se ha dado ocasión de pronunciarse a los órganos de la jurisdicción correspondiente. No obstante, ha señalado también este Tribunal que tal requisito ha de ser interpretado de manera flexible y con un criterio finalista, atendiendo, más que al puro formalismo de la expresada invocación del precepto constitucional que se estime infringido, a la exposición de un marco de alegaciones que permita al órgano judicial cumplir con su función de tutelar los derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo constitucional y, en su caso, remediar la vulneración causada por él mismo o por el órgano inferior, al objeto de preservar el carácter subsidiario que ostenta el recurso de amparo constitucional, bastando para considerar cumplido el requisito con que, de las alegaciones del recurrente, pueda inferirse la lesión del derecho fundamental en juego que luego se intente invocar en el recurso de amparo, siempre que la queja haya quedado acotada en términos que permitan a los órganos judiciales pronunciarse sobre la misma (por todas,

SSTC 195/1995, de 19 de diciembre, FJ 2; 62/1999, de 26 de abril, FJ 3; 88/2005, de 18 de abril, FJ 3, y 161/2005, de 20 de junio, FJ 2). Precisamente, la citada STC 88/2005, de 18 de abril, afirmó, en el fundamento jurídico 3, que fue “la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo, la que llevó al debate procesal la vertiente constitucional del problema, mediante la toma en consideración en la fundamentación jurídica de la resolución recurrida del derecho fundamental ahora invocado. Pero, en cualquier caso, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en su informe, este hecho permite igualmente entender preservada en el presente asunto la subsidiariedad de nuestra jurisdicción de amparo, de acuerdo con los criterios de interpretación flexible y finalista que han sido definidos anteriormente, en la medida en que el órgano judicial ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la vulneración constitucional que ahora se denuncia y de proceder, en su caso, a su reparación (STC 200/1999, de 8 de noviembre, FJ 2). El desarrollo del proceso judicial previo ha permitido acotar el tema litigioso en términos que posibilitaron que el órgano judicial se pronunciara sobre la sintonía de la interpretación de la normativa cuestionada con el principio de igualdad, permitiéndole así el cumplimiento de su función de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que debe rechazarse la causa de inadmisión invocada”».

(STC 1/2019, de 14 de enero. Recurso de amparo 4421-2017. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. *BOE* 14-2-19).

## ARTÍCULO 49.1, *in fine*

### *Justificación en la demanda de la especial trascendencia constitucional.*

«El artículo 50.1 a) LOTC señala que la admisión del recurso de amparo exige el cumplimiento de los requisitos fijados en los artículos 41 a 46 y 49 LOTC, estableciendo este último precepto en su apartado primero *in fine*, de forma inequívoca –«[e]n todo caso»–, que la demanda ha de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso, lo que también se ha venido poniendo de relieve por este Tribunal (AATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 1, y 289/2008 y 290/2008, de 22 de septiembre, FFJJ 2). El carácter notablemente flexible e indeterminado, tanto del concepto de «especial trascendencia constitucional» como de los tres criterios que la propia Ley ofrece para su caracterización («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») ha llevado a este Tribunal a realizar un esfuerzo de concreción en la STC 155/2009, de 25 de junio, en la que se identifican, sin ánimo exhaustivo, determinados supuestos, como propiciadores de la apreciación de esa especial trascendencia constitucional, «en el bien entendido de que esa enumeración no ha de ser considerada como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a ello se opone el carácter dinámico del ejercicio de la jurisdicción constitucional, en cuyo desempeño no puede descartarse, a partir de la casuística que se presente, la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido» (STC 2/2013, de 14 de enero, FJ 3). En cuanto al modo en el que se debe dar cumplimiento a la justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso, en la STC 178/2012, de 15 de octubre, FJ 3, ha recordado este Tribunal que «aunque la indicada previsión del artículo 49.1 *in fine* LOTC se configura como una carga procesal de la parte, es también

un instrumento de colaboración con la justicia constitucional, habida cuenta de que el legislador ha querido que la valoración del Tribunal acerca de la especial trascendencia constitucional de cada recurso venga siempre precedida de la iniciativa y apreciaciones de la parte, recogidas en su escrito de demanda». A la parte recurrente, pues, le es exigible un «esfuerzo argumental» (ATC 154/2010, de 15 de noviembre, FJ 4) que ponga en conexión las vulneraciones constitucionales que alega con los criterios establecidos en el artículo 50.1 b) LOTC. Para satisfacer esta exigencia, la demanda de amparo no tiene que ajustarse a un modelo rígido, pero sí responder a los «cánones propios de este tipo de escritos procesales» (STC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2) y «tener en cuenta las precisiones que, con relación a esa específica carga, ha ido efectuando este Tribunal a través de diversas resoluciones que despejan las posibles dudas sobre el modo en el que se tiene que hacer efectiva» (STC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3). Por esta razón, no basta argumentar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental (SSTC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2; 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3; 143/2011, de 26 de septiembre, FJ 2, y 191/2011, de 12 de diciembre, FJ 3; también AATC 188/2008, de 21 de julio, FJ 2; 289/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; 290/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; 80/2009, de 9 de marzo, FJ 2, y 186/2010, de 29 de noviembre, FJ único); es preciso que «en la demanda se disocie adecuadamente la argumentación tendente a evidenciar la existencia de la lesión de un derecho fundamental –que sigue siendo, obviamente, un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo– y los razonamientos específicamente dirigidos a justificar que el recurso presenta especial trascendencia constitucional» (STC 17/2011, de 28 de febrero, FJ 2). Consecuentemente, «la exposición sobre la verosimilitud de la lesión del derecho fundamental no puede suplir la omisión de una argumentación expresa sobre la trascendencia constitucional del recurso de amparo» (ATC 252/2009, de 19 de octubre, FJ 1). Por lo mismo, tampoco satisface este requisito la demanda que pretenda cumplimentar la carga justificativa con una «simple o abstracta mención» de la especial trascendencia constitucional, «huérfana de la más mínima argumentación», que no permita advertir «por qué el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en atención a su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución o para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales» que se aleguen en la demanda (STC 69/2011, de 16 de mayo, FJ 3, citando el ATC 187/2010, de 29 de noviembre, FJ único). En otras palabras, «por situarse en planos diferentes el razonamiento sobre la existencia de la lesión del derecho fundamental y la argumentación relativa a la trascendencia constitucional del recurso de amparo tendente a su restablecimiento y preservación, uno y otra son necesarios, de modo que la exposición sobre la verosimilitud de la lesión del derecho fundamental no puede suplir la omisión de una argumentación expresa sobre la trascendencia constitucional del recurso de amparo» (ATC 252/2009, de 19 de octubre, FJ 1).

(STC 1/2019, de 14 de enero. Recurso de amparo 4421-2017. Ponente: D. Antonio Narváez Rodríguez. *BOE* 14-2-19).

## LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

### ARTÍCULO 384

#### *Carácter provisional del Auto de procesamiento.*

«En anteriores pronunciamientos (SSTC 66/1989, de 17 de abril, FJ 2, y 135/1989, de 19 de julio, FJ 6), este Tribunal se ha referido al auto de procesamiento como «resolución que coloca al afectado en una situación procesal específica, como objeto de una imputación formalizada, que ha podido definirse como verdadera acusación judicial. Ello supone, por una parte, colocar al procesado en una posición que resulta dañosa y perjudicial, en sus consecuencias sobre su crédito y prestigio social; pero al mismo tiempo representa una garantía para el formalmente inculpado [...] que extiende la capacidad de defensa al primer momento en que existe algún tipo de inculpación, ya que permite un cierto conocimiento previo de la acusación en fase de instrucción, posibilita la primera declaración indagatoria (art. 386 LECrim), y hace surgir la obligación judicial de proveer de abogado de oficio si el procesado estuviera desasistido de dirección letrada [...] además, de conferir al procesado la condición de parte con las consecuencias a ello inherentes». Añadíamos entonces que «el procesamiento no implica, evidentemente, la imposición de una pena. Constituye sólo una resolución judicial de imputación formal y provisional que ha de ser objeto del correspondiente debate contradictorio y de la ulterior decisión, no implicando la culpabilidad del procesado, ni siquiera la vinculación del propio instructor, que puede revocar el procesamiento si desaparecen los indicios que determinaron su adopción».

Atendida la naturaleza provisional de la imputación precisa y formal en que el procesamiento consiste (SSTC 41/1982, de 2 de julio, FJ 2; 104/1985, de 4 de octubre, FJ 2; 70/1986, de 31 de mayo, FJ 2, o 37/1989, de 15 de febrero, FJ 3), dado que no se dirige sino a delimitar objetiva y subjetivamente el objeto de la investigación desde que el instructor aprecie en la causa la existencia de indicios racionales de criminalidad, resulta evidente el carácter prematuro y la consiguiente inadmisibilidad de la pretensión formulada pues tanto hasta la conclusión de la fase de instrucción, como en la fase intermedia previa al enjuiciamiento, es posible obtener remedio procesal ante los tribunales ordinarios cuestionando la imputación formal no irreversible que se impugna.

Así lo hemos entendido en anteriores pronunciamientos al resolver pretensiones de amparo que reclamaban un pronunciamiento de este Tribunal frente a las resoluciones que, en el procedimiento abreviado por delito, de forma similar al auto de procesamiento, delimitan el objeto del proceso penal y las personas imputadas: SSTC 174/1994, de 7 de junio, FJ 2; 18/1998, de 26 de enero, FJ 2; 54/1999, de 12 de abril, FJ 3; 73/1999, de 26 de abril, FFJJ 2 y 3; 121 y 155/2000, de 10 de mayo y 12 de junio, FJ 3 (respecto a resoluciones judiciales que acuerdan continuar la tramitación de la causa, una vez finalizada la instrucción, descartando su sobreseimiento); o STC 247/1994, de 19 de septiembre, FFJJ 1 a 3 (que cuestionaba la decisión de apertura del juicio oral)».

(STC Pleno 27/2019, de 26 de febrero. Recurso de amparo 4706-2018. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón. *BOE* 26-3-2019).

## ARTÍCULO 505

*Obligación de acceder a los elementos esenciales de las actuaciones cuando se ha decretado el secreto de sumario para comprobar la legalidad de la privación de libertad a efectos de la comparecencia de prisión provisional.*

«La declaración de secreto de sumario no atribuye al instructor la facultad de omitir la tutela de los derechos fundamentales de los sujetos afectados: es simplemente un instrumento dirigido a asegurar el éxito de la investigación que debe emplearse con la necesaria cautela, evitando que se extienda más allá de lo imprescindible (STC 18/1999, de 22 de febrero, FJ 4). Conforme a este criterio, el secreto del sumario permite al juez no incluir cierta información en las resoluciones que dicte y que haya de notificar a las partes, pero no le autoriza a ocultarles sin más todos los fundamentos fácticos y jurídicos de aquellas (STC 18/1999, FJ 4). El instructor puede, por tanto, dictar un auto de prisión en el que haga escueta referencia a la concurrencia de los presupuestos fácticos (objetivos y subjetivos) y jurídicos que hacen necesaria la adopción de la medida cautelar, evitando consignar detalles o datos de hecho que puedan perjudicar la marcha de las investigaciones, pero que, por contra, permitan al afectado conocer las razones básicas que determinan su prisión, posibilitando en todo caso la impugnación del auto mediante el uso de la vía procesal adecuada.

(.../...)

Este Tribunal ya ha abordado algunos aspectos de la Directiva 2012/13/UE en las SSTC 13/2017, de 30 de enero, y 21/2018, de 5 de marzo. Por medio de ellas, ha perfilado el espacio constitucional de los derechos a ser informado y a acceder a aquellos elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la legalidad de la privación de libertad en causa no declarada secreta. Analizó entonces el Tribunal, con ocasión de detenciones policiales sometidas a control judicial por medio de un *habeas corpus*, el haz de garantías que, en protección de la libertad personal y de la seguridad de los ciudadanos, establecen los diversos apartados del art. 17 CE como garantes de la legalidad y el control judicial efectivo de la detención preventiva (STC 13/2017, FJ 4).

En el presente caso nos encontramos ante un contexto procesal diferente, que proporciona a este Tribunal ocasión para abordar un aspecto no tratado entonces, cual es el alcance constitucional de los indicados derechos a ser informado y a acceder a aquellos elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la legalidad de la privación de libertad cuando, encontrándose la causa bajo secreto sumarial (art. 302 LECrim), el detenido ha pasado a disposición judicial y corresponde decidir sobre su situación personal, convocándose a tal fin la comparecencia del art. 505 LECrim.

El art. 7 de la Directiva 2012/13/UE contempla, en su apartado cuarto, la posibilidad de que el acceso al expediente penal sea judicialmente denegado en determinados supuestos, siempre que no se perjudique con ello la equidad exigible de cada fase procesal: así, en caso de amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona; también cuando la denegación resulte estrictamente necesaria para defender un interés público significativo, citando en tal sentido el riesgo de perjudicar una investigación en curso o bien de menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado en el que se desarrolla el proceso penal. Exige, en cualquier caso, que estas



limitaciones se interpreten de forma restrictiva, a la luz de la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a un juicio equitativo (art. 6 CEDH).

Al trasvasar al ámbito interno la Directiva 2012/13/UE, las Leyes Orgánicas 5/2015, de 27 de abril, y 13/2015, de 5 de octubre, dieron nueva redacción a algunos de los derechos que asisten al investigado (art. 118 LECrim) y al detenido o preso (art. 520.2 LECrim). Así, en relación con el primero se recuerda el derecho del investigado a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en los mismos o en el cuerpo de la investigación, con el grado de detalle suficiente como para permitir un efectivo ejercicio del derecho de defensa [art. 118.1 a) LECrim], debiendo acomodar el lenguaje en que se facilita esta información a la edad, grado de madurez, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal del interesado (arts. 5 y 6 CEDH). Junto a él, aparece el derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa al que alude la Directiva, que en todo caso tendrá que poder ejercitarse con anterioridad a que se le tome declaración [art. 118.1 b) LECrim]. La ley procesal penal aplica un rigor informativo mayor cuando, como consecuencia de la investigación de un delito, se acuerda la privación cautelar de libertad de un sospechoso de haber participado en él. El art. 520.2 LECrim dispone así, en su actual redacción, 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».

Del catálogo de derechos que, acto seguido, reconoce al detenido o privado de libertad, destacaremos dos: el derecho a ser informado del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención, y 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], facultad esta última que 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 y que, según expresa el preámbulo de la ley orgánica, limita su alcance «por exigencia de la normativa europea, a aquellos elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad» con el fin 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» (apartado IV).

Identificando el fundamento de estos derechos, la STC 21/2018, FJ 7, destacó el carácter complementario e instrumental que necesariamente ostenta el derecho a acceder a los elementos de las actuaciones esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad [art. 520.2 d) LECrim] respecto del derecho a recibir información sobre las razones de la misma (art. 520.2 LECrim, inciso 1). Con carácter general, su finalidad consiste en otorgar la posibilidad de contrastar objetivamente la veracidad y consistencia de la información recibida para, en caso de desacuerdo, cuestionarla fundamentadamente ante la autoridad judicial. 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, solicitando para ello acceder a aquella parte del expediente que recoja o documente las razones aducidas. La determinación de cuáles sean dichos elementos será necesariamente casuística, dependiendo de las circunstancias que hayan justificado la situación de privación de libertad.

Dicho lo anterior, el pleno disfrute de estos derechos puede verse comprometido en su concurrencia con la declaración de secreto sumarial. Así lo reconoce la Direc-

tiva 2012/13/UE cuando justifica la exclusión judicial del derecho de acceso al expediente en caso de riesgo cierto de verse perjudicada la investigación penal en curso, entre otros motivos. Así se desprende también del art. 302 LECrim al reconocer que, en su perspectiva general, el acceso al expediente puede quedar temporalmente en suspenso si, para garantizar el resultado de la investigación o evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona, el juez de instrucción declara, total o parcialmente, secretas las actuaciones. El legislador nacional ha adicionado, no obstante, una singularidad respecto del investigado que se encuentra privado de libertad, de manera que el secreto sumarial se entenderá «sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo del apartado tercero del artículo 505» (art. 302 in fine LECrim), con arreglo al cual «el abogado del imputado tendrá, en todo caso, acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado o encausado» (art. 505.3 LECrim).

(.../...)

El trámite de audiencia vinculado a la adopción sobre el investigado de la medida cautelar de prisión provisional o bien de libertad provisional bajo fianza (art. 505 LECrim) no es una formalidad irrelevante, «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» (SSTC 22/2004, de 23 de febrero, FJ 3, y 28/2001, de 29 de enero, FJ 6). De hecho, al perfilar el contenido de esta comparecencia en la que el ministerio fiscal u otra acusación pueden solicitar aquellas medidas cautelares personales, el art. 505 LECrim indica que «podrán quienes concurren 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» (apartado tercero). En su actual redacción, reconoce también al abogado del investigado la posibilidad de acceder «en todo caso» a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad de su defendido. Para el demandante, este último inciso invalida constitucionalmente cualquier decisión judicial que, con sustento en el secreto sumarial (art. 302 LECrim), cercene las posibilidades del justiciable de acceder al expediente con la finalidad de impugnar su privación de libertad.

A la vista de estos razonamientos procede formular las siguientes consideraciones:

Una vez que se encuentra a su disposición (art. 17.2 CE), sea debidamente informado de sus derechos y garantías procesales (art. 17.3 CE; arts. 118 y 520 LECrim), procurando que esa información se le facilite por escrito de forma inmediata y, en todo caso, con anterioridad a alguno de los momentos en los que pueda verse comprometida la efectividad de su derecho de defensa. Particularmente destacables son los momentos de recibirle declaración y de decidir sobre su situación personal. Deberá asegurarse también el instructor de la adecuada comprensión por el justiciable, puesto bajo su custodia, del elenco de derechos que le asisten *ex* art. 520 LECrim, de los que se le entregará además copia escrita.

Mientras que el derecho a ser informado sobre los hechos investigados y sobre las razones que han llevado al detenido a presencia judicial debe ser promovido directamente por el instructor, proporcionando de oficio al investigado y a su defensa cuantos detalles fácticos y jurídicos sean necesarios, por expresivos en tal sentido (art. 520.2 LECrim, inciso 1), los restantes derechos enumerados en el art. 520.2 LECrim y, entre ellos, el acceso a los materiales del expediente relacionados con su privación de libertad que resulten esenciales para impugnar la legalidad de la deten-

ción o privación de libertad [art. 520.2 d) LECrim] requieren, en cambio, de la rogación por el interesado, quien después de informado del derecho que le asiste en tal sentido habrá de exteriorizar su voluntad de hacer uso del derecho o derechos de que se trate.

b) Como venimos diciendo, el supuesto planteado en este amparo afecta al derecho reconocido en el art. 520.2 d) LECrim. La conexión entre el derecho a conocer las razones de la privación de libertad y el de acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnarla explica en gran medida el contenido de esta segunda garantía, puesto que a partir de la información recibida, y para contrastar su veracidad y suficiencia, el privado de libertad puede solicitar acceso a aquello que recoja o documente las razones aducidas (STC 21/2018, FJ 7), activando con ello su derecho.

En supuestos como el de autos, a la declaración del investigado sigue la convocatoria por el juez instructor de la comparecencia prevista en el art. 505 LECrim, en la que las partes acusadoras podrán interesar que el instructor decrete la prisión provisional del investigado o encausado, o bien su puesta en libertad previa prestación de fianza. Al respecto, el Tribunal Constitucional se reserva «la facultad de revisar si la adopción judicial de la medida de prisión provisional se ha sujetado a los criterios legales que garantizan el derecho de defensa y no sufrir indefensión del sujeto sobre el que se aplica la medida cautelar en relación, estrictamente, con la adopción de esa medida» [STC 29/2019, de 28 de febrero, FJ 3 e)].

Este Tribunal es asimismo garante de que «el procedimiento de adopción o confirmación de la prisión provisional, se ajuste a las exigencias constitucionales de preservación del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el art. 17 CE» [STC 29/2019, FJ 3 e)]. Corresponde ahora perfilar el acceso al expediente que, vinculado a la comparecencia del art. 505 LECrim y en garantía de su libertad personal, incumbirá al investigado o encausado con el fin de rehuir una situación de indefensión (art. 17.1 CE, en relación con el art. 24.1 CE). El sentido constitucional de estos derechos lleva a interpretar que, desde el momento en que el órgano judicial haya informado de que se va a celebrar esta comparecencia, estará habilitado el investigado para expresar, por sí o a través de su abogado, su voluntad de acceder al expediente con la finalidad de tomar conocimiento de lo necesario para rebatir la procedencia de las medidas cautelares privativas de libertad que puedan interesar las acusaciones. Dado que es precisamente esta su finalidad, el uso del derecho que le asiste no podrá posponerse más allá del momento en que, durante la propia comparecencia, una vez expuestas sus alegaciones por las acusaciones, llegue el turno de intervención de la defensa del interesado. Y ello porque ha de ser con anterioridad a que el órgano judicial adopte una decisión sobre la libertad del investigado cuando este, potencialmente afectado por la medida cautelar que vaya a interesarse, tenga la oportunidad de requerir, por sí o a través de su representante en el proceso, ese acceso al expediente que le permita disponer de aquellos datos que, como consecuencia de las diligencias practicadas, puedan atraer una valoración judicial última de pertinencia de la medida cautelar privativa de libertad que se solicite, conforme a los fines que la justifican.

Mostrada por el justiciable o por su defensa la voluntad de hacer uso del derecho reconocido en el art. 520.2 d) LECrim, compete al órgano judicial darle efectividad del modo más inmediato y efectivo posible, interrumpiendo, si fuere preciso, la comparecencia ya iniciada, sin perjuicio de su reiteración en fase posterior.

c) Aplicándose lo hasta aquí expuesto al común de supuestos del art. 505 LECrim, debemos detenernos ahora en aquella situación en la que los derechos de información y de acceso al expediente con fines de impugnar la privación de libertad se promueven, al tiempo de la comparecencia, en el seno de una causa declarada total

o parcialmente secreta (art. 302 LECrim). Confluyen entonces el interés de defensa vinculada a la libertad personal (art. 17.1 CE) y el interés en no perjudicar los fines con relevancia constitucional de los que es tributario el secreto, consecuencia de la interpretación de la justicia como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), debiendo conciliar ambos.

No hay duda de que el secreto sumarial incide, siquiera temporalmente, en las capacidades de defensa del investigado, limitando sus posibilidades de conocer e intervenir en el desarrollo de la investigación penal. El sacrificio del pleno disfrute por el justiciable de sus derechos y garantías que ello implica no exime, sin embargo, de la obligación de informarle debidamente sobre los hechos que se le imputan y sobre las razones motivadoras de su privación de libertad. Tampoco puede privarle, en términos absolutos, de su derecho de acceder a las actuaciones para cuestionar e impugnar la legalidad de la privación de libertad, cercenando con ello toda posibilidad de defensa frente a la medida cautelar.

Del otro lado, los fines a los que legal y constitucionalmente sirve el secreto sumarial no pueden desvanecerse como consecuencia del ejercicio efectivo de los indicados derechos del justiciable, pues en tal caso el secreto perdería su razón de ser. Así se desprende de la doctrina constitucional a la que venimos haciendo referencia (entre muchas, SSTC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 2, y 18/1999, de 22 de febrero, FJ 4), y así se infiere también de la Directiva 2012/13/UE cuando admite que el acceso al expediente penal pueda ser denegado ante el riesgo de perjudicar una investigación en curso (art. 7.4) siempre, eso sí, desde una interpretación restrictiva de esta limitación y respetuosa con el principio de equidad. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene apreciando que, de conformidad con el art. 6 CEDH, resulta necesario proporcionar un grado de acceso al expediente que permita al interesado disfrutar de una efectiva oportunidad de conocer en lo esencial los elementos en que se sustenta su privación de libertad, sin perjuicio de lo cual está justificada la denegación del acceso al expediente penal en determinados casos, como cuando estamos ante una investigación compleja que afecta a la actividad criminal de un conjunto de individuos o bien cuando incluye determinados documentos, como sucede con los clasificados; en cualquier caso, el eficiente desarrollo de la investigación, siendo un objetivo legítimo, no puede conseguirse a expensas de restricciones sustanciales de los derechos de la defensa que se dilatan en el tiempo mientras el investigado permanece en situación de prisión provisional: en estos supuestos, caso de solicitarlo el interesado, deberá ponderarse aquello que resulte necesario para poder ejercitar una defensa eficaz frente a la privación de libertad (STEDH de 18 de septiembre de 2012, asunto Dochnal contra Polonia, § § 87 y 88).

La expresión «en todo caso» incorporada al art. 505.3 LECrim para referirse a esta situación no comporta, en su entendimiento constitucional, una suerte de alzamiento del secreto sumarial que abra ilimitadamente la causa o alguna de sus piezas, declaradas secretas, al conocimiento de las partes en situación, efectiva o potencial, de privación de libertad, a resultas de lo que suceda en la comparecencia del art. 505 LECrim. Muy al contrario, subordina la toma de conocimiento de lo actuado a lo estrictamente necesario en orden a comprobar la regularidad de la medida privativa de libertad, debiendo facilitarse tan solo lo imprescindible para, dado el caso, cuestionar su pertinencia y promover su impugnación. Así pues, el secreto sumarial habrá de convivir en estos casos con una accesibilidad al sumario que constriña el nivel de conocimiento por el investigado del resultado de la investigación a aquello que resulte esencial –en el sentido de sustancial, fundamental o elemental– para un adecuado ejercicio de su defensa frente a la privación de libertad, siempre previa solicitud expresa por su parte en tal sentido.

d) Determinados por el instructor los elementos fundamentales del caso en clave de privación de libertad, la efectividad de la garantía requiere que la información se suministre al interesado por el mecanismo que resulte más idóneo, a criterio del órgano judicial: extracto de materiales que obren en las actuaciones, exhibición de documentos u otras fuentes de prueba, entrega de copias o de cualquier otro soporte o formato, siempre que garantice el ajuste con los datos obrantes en el expediente y permita un adecuado uso en términos de defensa (STC 21/2018, de 5 de marzo, FJ 6). No basta, por tanto, con la información que verbal y genéricamente pueda proporcionarse en tal sentido.

La idoneidad de la decisión judicial de entrega de datos y materiales en ejercicio de estos derechos será, en cualquier caso, susceptible de supervisión a través del régimen de recursos legalmente establecido. Corresponde al órgano judicial que conozca del recurso revisar la ponderación efectuada por el instructor de la adecuación de los materiales facilitados a los fines y derechos concernidos, lo que valorará a la luz de las específicas circunstancias del caso, atendiendo a la naturaleza de los datos y documentos puestos a disposición del interesado y a su importancia en relación con las circunstancias que propiciaron la privación de libertad (STEDH de 25 de junio de 2002, asunto Migoñ contra Polonia, § 81), sin olvidar los propósitos del secreto decretado en el caso, igualmente dignos de atención.

e) Es significativo el periodo durante el cual el investigado, privado de libertad, haya estado a su vez privado de acceso íntegro al procedimiento (SSTEDH de 25 de junio de 2002, asunto Migoñ contra Polonia, § 81, y de 18 de septiembre de 2012, asunto Dochnal contra Polonia, §§ 87 y 88). Y ello porque la prolongación en el tiempo del secreto no puede constreñir indefinidamente un ejercicio del derecho de defensa que llegue a abarcar la totalidad del sumario, desautorizándose constitucionalmente todo proceso penal que, como consecuencia de la declaración judicial de secreto, se geste a espaldas del investigado y recorte así sus derechos y garantías en el proceso (art. 24.2 CE). El factor tiempo juega, por sí mismo, un papel altamente relevante en toda causa declarada secreta. Al restringir las posibilidades de conocimiento íntegro de lo investigado y, por tanto, de defensa, la declaración de una causa como secreta siempre habrá de extenderse en el tiempo el mínimo indispensable para lograr sus fines, debiendo cesar de forma inmediata en caso de lograrse aquellos; subsidiariamente, y aun cuando no se hayan obtenido, decaerá en el momento en que expire el plazo específicamente conferido por la resolución judicial, que nunca podrá sobrepasar los máximos legalmente previstos con inclusión, dado el caso, de sus prórrogas.

El transcurso del tiempo provoca, pues, efectos tanto en la privación provisional o preventiva de libertad como en la declaración sumarial de secreto, operando como indudable factor a ponderar en su convivencia con el interés del investigado en conocer el contenido íntegro de las actuaciones, de modo que a medida que avance el periodo de investigación los intereses del investigado irán sobreponiéndose al interés en el mantenimiento del secreto.

Por todo ello, si la virtualidad del secreto puede operar como valor preponderante en los comienzos de la investigación en la que se decreta, bien por ponderación de los intereses en presencia (art. 301 y 302 LECrim), bien por mandato legal y sin necesidad de expresa declaración en el caso de adoptarse medidas de investigación tecnológica [art. 588 bis d) LECrim], pudiendo provocar incluso que el derecho de defensa del investigado sobre el que se ejecuta una medida cautelar personal privativa de libertad tropiece con parcelas de investigación desconocidas, no es

menos cierto que el paso del tiempo debilita aquel interés, que puede predominar en un principio».

(STC 83/2019, de 17 de junio. Recurso de amparo 365-2018. Ponente: D. Juan José González Rivas. *BOE* 25-7-2019. En el mismo sentido, SSTC 94 y 95/2019, de 15 de julio. *BOE* 12-8-2019).

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CARMEN FIGUEROA NAVARRO  
Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

SERGIO CÁMARA ARROYO  
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal y Criminología  
(Acreditado Contratado Doctor)  
(UNED)

## ARTÍCULO 22.4 CP

*Motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación: razones de género, agresión sexual por parte de ex pareja sentimental en un contexto de dominación y discriminación del hombre sobre la mujer.*

Presupuestos de la agravante por razones de género:

1. En lo que concierne a la agravante genérica consistente en «cometer el delito por... razones de género...» recordaremos que con su introducción en el Código Penal, tras su reforma por Ley Orgánica 1/2015, se pretendió cumplir el compromiso internacional asumido por España como signataria del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Dice el Preámbulo de aquella ley: se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.<sup>a</sup> del artículo 22. La razón para ello 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. (énfasis añadido)

El legislador español con la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 ha incluido también tres nuevos tipos penales que son el de acoso y hostigamiento (art. 172 ter del CP) y el delito de matrimonio forzado (art. 172 bis del CP) y el delito de divulgación sin el consentimiento de la víctima de imágenes que fueron captadas con su anuencia (197.7 del CP). Tales tipos penales ven realizada su

relevancia en el ámbito de la violencia sobre la mujer por razones de género. Pero aquel legislador, además, consideró necesario que, como respuesta proporcional a la gravedad del hecho cuando la víctima es una mujer por el simple hecho de serlo, se debía incluir el ahora vigente párrafo 4.º del artículo 22 que prevé una nueva circunstancia agravante: la de discriminación por razón de género, aplicable en relación a aquellos delitos en los que la discriminación no ha sido tenida ya en cuenta para la configuración del correspondiente tipo penal, pero que no será aplicable a aquellos delitos que fueron modificados ya por la Ley Orgánica 1/2004 que, adoptando lo que se conoce como perspectiva de género, tuvo en cuenta ese plus de antijuridicidad que supone ejecutar el hecho como manifestación de dominio, de relación de poder o de desigualdad, es decir, en discriminación de la mujer por razón de género.

La Ley Orgánica 1/2015 modificó el artículo 22.4 Código Penal añadiendo a las circunstancias agravantes de cometer el delito por motivo de discriminación referente al sexo de la víctima la de actuar por motivos de discriminación por razones de género. Los términos sexo y género son definidos por la OMS: «El sexo se refiere a las características biológicas y fisiológicas que definen a los hombres y a las mujeres. El género se refiere a los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente, que la sociedad considera apropiados para los hombres y para las mujeres», y concluye que «el macho» y «la hembra» son categorías sexuales, mientras «masculino» y «femenino» son categorías de género».

2. La cuestión que ha originado polémica y diversidad de criterios en alguna jurisprudencia y en la dogmática es la de si en estos otros delitos, que no fueron modificados por la Ley Orgánica 1/2004, es necesario acreditar que concurre ese específico elemento subjetivo. Y esa ha sido la discrepancia entre la sentencia de primera instancia y la dictada en apelación.

Esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha establecido (STS del Pleno n.º 677/2018) en relación con tal específico elemento subjetivo, pero referido al delito del artículo 153.1 del Código Penal, que exigir ese elemento subjetivo del tipo en el art. 153.1 supone exacerbar la verdadera intención del legislador, que en ningún caso describe tal elemento del tipo del artículo 153.1 del Código Penal como elemento subjetivo del injusto. Y ello, ni cuando actúa un hombre en el maltrato a una mujer, ni tampoco cuando se trata de un acometimiento mutuo por más que concurra el aditamento objetivo, sí exigido en el tipo penal, de la relación entre ambos del apartado 1.º del artículo 153 del Código Penal.

Tal sentencia mereció un voto particular, pero no en cuanto a la doctrina referida a la ausencia de exigencia de ese supuesto requisito de específico consistente en un elemento subjetivo del injusto, sino sobre la exigencia de que, objetivamente, haya de producirse el hecho en el contexto de una situación de dominación que, dice dicho voto particular no cabe presumir por el hecho de ser varón el agresor que golpea a pareja femenina. Tal dominación en la relación marido-mujer, dice sin embargo la mayoría del Pleno de la Sala, no se presume *iuris et de iure* y tampoco se exige como elemento del tipo. Aunque apunta el voto particular que, si se admite por la mayoría prueba que excluya el contexto de dominación, el trato diferenciado dado a sendos apartados 1 y 2 del artículo 153 pudiera cuestionarse como constitucional.

En cualquier caso, el mismo voto particular emitido respecto de la mayoría en la citada sentencia del Pleno de la Sala se cuida de subrayar que el elemento del contexto de dominación «no consiste en una determinada voluntad o intención del sujeto activo del delito». «No es exigible un dolo específico dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer». «Basta que el autor conozca que con la conducta que ejecuta sitúa a la mujer en esa posición subordinada, humillada o dominada».



Ya había adelantado el Tribunal Constitucional en su auto n.º 233/2004, de 7 de junio, que el legislador de la Ley Orgánica 11/2003 trató de objetivar el tipo penal convirtiendo el maltrato de obra constitutivo de la antigua falta del artículo 617 en delito cuando la víctima mantenía con el ofensor lazos afectivos y familiares, propósito que, como veremos seguidamente, no quedó desvirtuado por la reforma operada en la norma sustantiva por la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Ésta definía en su artículo 1.1 cuyo apartado tercero afirma que la «violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad», definición que al incluir el pronombre indefinido «todo» en los actos que refiere, entre los cuales se encuadra sin duda el maltrato de obra, no excluye de su radio de acción los actos violentos en los que no se aprecia directamente alguna de las manifestaciones recogidas en el apartado primero del artículo, ni exige la constatación de un determinado propósito a modo de elemento subjetivo del injusto.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 59/2008 (antes de la reforma del artículo 22.4 pero en referencia al trato dado en los apartados 1 y 2 del artículo 153 del Código Penal) recordaba que «... las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es «manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres».

Validó el Tribunal Constitucional la constitucionalidad del artículo 153 del Código Penal afirmando (como recordábamos en nuestra citada STS 677/2018) que es competencia del legislador «la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo» (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23).

Y, en lo que aquí puede importar, advierte que el término «género» que titula la Ley y que se utiliza en su articulado, pretende comunicar que no se trata de una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino –una vez más importa resaltarlo– el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad.

El momento jurisdiccional ha de partir de las soluciones adoptadas en el momento legislativo, tanto más cuanto que la legitimidad constitucional de aquella solución ha sido avalada por quien tiene atribuida esa competencia en exclusiva.

La ley decide elevar la pena cuando reforma el artículo 153.1 del Código Penal a conductas porque considera que son, objetivamente, prescindiendo de los motivos subjetivos del autor, tanto causa como expresión de la situación de desigualdad. El agresor puede no ser consciente de que tiene una conducta patriarcal y machista. Lo relevante es que los tipos de agresión en ese contexto relacional de agresor y víctima dan lugar a la discriminación y son, cuando se llevan a cabo, manifestación de tal situación.

Frente a esa opción del legislador, validada por el Tribunal Constitucional, la exigencia de un elemento subjetivo del injusto, añadido al genérico de la consciencia y voluntad de la agresión, sería contraria a la fuente normativa. Ésta exige voluntad de agredir, pero no reclama que el autor además muestre voluntad de dominar o discriminar.

3. Si el debate sobre la antes enunciada cuestión se ha cerrado en esos términos en lo que concierne al maltrato no habitual en pareja, resta ahora definir los presupuestos típicos que justifican la estimación de la nueva agravación genérica.

3.1. La Ley Orgánica 1/2015 justifica la introducción de esta agravante diciendo el Convenio de Estambul al que nos hemos referido más arriba del que retiene que el género puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo. Y entiende a estos efectos por género como «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres».

Así pues, ubica el concepto género en el ámbito de lo cultural o social como diferente de la mera referencia al sexo que restaría como dato biológico.

Y, más concretamente, enfatiza la relación de esa perspectiva con la idea de discriminación. La exigencia constitucional ínsita en el derecho a la igualdad no se acan-tona en lo meramente formal o, como se ha dicho, limitada a la relación del individuo con el Estado, sino que también remite a las relaciones entre individuos dentro del ámbito social.

La corrección de las desigualdades, que aquel derecho de igualdad reclama, por un lado, impone respuestas desiguales para situaciones caracterizadas por la desigualdad. Pero, como también se ha cuidado de señalar en la mejor doctrina, la tutela anti-discriminatoria, más allá que de restablecer la igualdad se orientará a lo que se ha denominado el principio de prioridad para favorecer a los de peor situación. Por eso se protege a la mujer con prioridad cuando es víctima de una determinada violencia, como la producida en el ámbito de la relación de pareja.

Pero la concreción de criterios no se agota ni en la proclamación constitucional del derecho, ni en las traducciones llevadas a cabo en el momento legislativo. Cuando en éste se hace referencia como supuesto discriminatorio a las desigualdades surgidas por razón del género, entendido con el alcance que se explica en el preámbulo de la Ley 1/2015, el autor de ésta deja inconclusa la definición del presupuesto típico de la pertinencia de la agravante.

3.2. Sin duda la identidad de fundamento que alumbró los tipos penales de los artículos 153.1, 171.4, 172-2 y 148.4 del Código Penal nos permite predicar para la aplicación de la circunstancia agravante del artículo 22.4 el mismo presupuesto objetivo de una relación específica entre el varón-autor y la mujer-víctima. Pero con ello no se resuelve el problema ya que nada obliga a limitar la agravante a los casos de esa relación de pareja. La Ley Orgánica 1/2004 de protección integral, pese a que la inter-vencción penal que introduce la circunscribe a ese concreto ámbito, define en el primero de los párrafos de su exposición de motivos la violencia «de género» diciendo que: «Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión». La Ley Orgánica 1/2015 si bien determinados tipos penales los acota a supuestos en que la mujer-víctima mantiene con, o ha mantenido con el agresor una relación de pareja, cuando describe la agravante que aquí nos ocupa, no efectúa esa restringida delimitación. Por ello su ámbito de aplicación extravasa dicha relación de pareja.

Aunque, por otra parte, la vecina agravación en el mismo artículo del delito motivado por discriminación por razón de sexo, impide ampliar la agravante que examinamos a todos los casos en que tal circunstancia en que la víctima sea mujer.

La interpretación de la previsión legal ha de enmarcarse en un objetivo corrector de la desigualdad o discriminación, ocurrida en un ámbito de relación autor-víctima, más específico que la diversidad de sexo biológico y más amplio que el del parentesco conyugal, y en el que aquella relación suponga un estatuto social, antes que jurídico, del que deriva una discriminación para la mujer relacionada socialmente con el autor del delito. Tal discriminación constituye el fundamento de la agravación cualificadora del artículo 153.1 cuando la mujer es o ha sido esposa del autor o ha estado ligada por relación de afectividad análoga, incluso sin convivencia. Para aplicar la agravante en casos ajenos a esa relación de pareja habrá de exigirse al menos una asimetría en la relación entre varón-autor y mujer-víctima que sea reflejo de la discriminación que constituye el fundamento de la mayor sanción penal.

3.3. Ahora bien, si la exclusión de exigencia de un añadido elemento subjetivo de ánimo dominador, como propósito determinante del comportamiento delictivo respecto del que se pretende aplicar la específica agravante, no impide sancionar más gravemente un resultado de menor entidad, conduciéndolo a otro tipo penal más gravoso, sería incoherente reclamar tal componente subjetivo en el actuar injusto para simplemente agravar la pena pero sin salir de la prevista para el tipo penal en el que se discute la aplicación de la agravante como genérica.

3.4. Como recuerda la STS n.º 707/2018 de 15 de enero (2019) esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la aplicación de la agravante genérica nueva del artículo 22.4 del Código Penal, como lo hizo en las sentencias 420/2018 y 565/2018 recordando los fundamentos explícitos del legislador de 2004 y 2015 y la doctrina del TC en su reiteradamente citada sentencia n.º 59/2008.

Se estimó entonces que: con la introducción de la agravante relativa a cometer el delito por una discriminación basada en razones de género, se amplía esta protección con carácter general, de modo que la agravación de la pena no solamente es procedente en los casos expresamente contemplados en las descripciones típicas de la parte especial, en los que las razones de la agravación ya viene contemplada en el tipo, sino en todos aquellos otros casos en los que la discriminación por esas razones, basadas en la intención de dominación del hombre sobre la mujer, que dentro de las relaciones de pareja es considerada por el autor como un ser inferior, vulnerando, por lo tanto, su derecho a la igualdad, aparezcan como motivos o móviles de la conducta.

Debiendo ahora matizarse en el sentido de la doctrina expuesta en la sentencia del Pleno de este Tribunal en la ya citada n.º 677/2018 que relativiza esa referencia subjetiva al subjetivo propósito del autor.

Por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado de cuenta de la relación típica prevista en los tipos penales antes citados de tal suerte que el delito se entienda como manifestación objetiva de la discriminación característica de la misma. Y, en lo subjetivo, bastará la consciencia de tal relación unida a la voluntad de cometer el delito de que se trate diversos de aquéllos.

(STS 99/2019, de 26 febrero)

## ARTÍCULO 22.4 CP

*Caso Alsasua. Discriminación por motivos ideológicos: agresión a guardias civiles fuera de servicio por el hecho de serlo, sin que la pertenencia de las víctimas a la Guardia Civil suponga la asunción de una ideología necesitada de especial protección y el que fueran guardias civiles ya ha sido tenido en cuenta para conformar el delito de atentado.*

El recurrente opone, por la vía del artículo 849.1 de la ley de enjuiciamiento criminal, un error de derecho por la indebida aplicación al hecho probado del artículo 22.4 del código penal, a cuyo tenor la conducta se agrava por haber cometido los hechos 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. Nos interesa, a los fines de esta resolución, el análisis de la actuación motivada por una discriminación referente a la ideología de la víctima.

(...) Los precedentes jurisprudenciales sobre la interpretación de la circunstancia de agravación prevista en el apartado cuarto del artículo 22 del código penal, se refieren, en su mayoría, a la discriminación por razón de género. En estas resoluciones se declaran una serie de requisitos que son de aplicación a todos los parámetros de discriminación y que por razones de contexto han de ser traídos a esta resolución. Así en la sentencia 983/2016 de 11 marzo, declaramos que la circunstancia agravatoria debe referirse a la víctima y no operará cuando la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio no concorra en el sujeto pasivo del delito. El presupuesto fáctico de la agravación señala a la víctima como la persona con una ideología que pueda ser aprovechada por el sujeto activo para imponer un comportamiento lesivo fundado en una ideología que opera como mecanismo de discriminación, bien entendido que la situación fáctica en que se funda la discriminación puede ser real o aparente, bastando para su concurrencia que el sujeto activo del delito actúe bajo lo que él considera una ideología de rango inferior que guíe su actuación y criterio de discriminación.

En la sentencia 99/2019, de 26 febrero, señalamos como requisito de la agravación que el hecho probado dé cuenta de la relación típica de la circunstancia agravatoria, de tal manera que el delito se entienda como manifestación objetiva de la discriminación característica. Esto es, que el hecho probado señale cuál es la ideología de la víctima que el sujeto activo rechaza y sobre la que se apoya, como móvil, para la realización de su conducta. En este sentido la STS 983/2016, de 11 de enero de 2017, señaló «que la circunstancia discriminatoria debe referirse a la víctima... En definitiva, no operará tal agravatoria cuando la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio no concorra en el sujeto pasivo del delito (véase Sentencia 1341/20902, de 17 de julio (sic), 302/2015, de 19 de mayo, 314/2015, de 4 de mayo)». Si bien el fundamento anclado en sede de culpabilidad permite afirmar su concurrencia cuando no existan circunstancias que permitan inferir otra motivación ajena a la ideología del autor. En el sentido indicado, es difícil argumentar una consideración de la Guardia Civil como colectivo vulnerable sin desnaturalizar la finalidad del precepto.

En la sentencia 420/2018, 19 septiembre señalamos que «los elementos fácticos de los que se desprenda la concurrencia de la circunstancia que permiten la aplicación

de la agravación han de estar debidamente acreditados por prueba válida y racional y expresamente declarados a la sentencia», lo que supone que el hecho probado de la sentencia contenga el elemento fáctico sobre el cual sustentar la aplicación de la norma jurídica con identificación de la ideología y de la discriminación.

En la sentencia 707/2018 del 15 de enero de 2019, señalamos que el hecho debe ser manifestación de la discriminación generadora de una situación de desigualdad. Lo que implica descripción de la situación de desigualdad y comporta una comparación ante situaciones de igualdad, y el motivo de la discriminación.

Pues bien, en el hecho probado de la sentencia no concurren los anteriores requisitos que hemos exigidos para la aplicación de la agravante por discriminación. El hecho probado es escueto en la expresión de lo que pueda ser calificado como presupuesto fáctico de la agravación. No se describe una situación de discriminación, no se describe la ideología, tampoco se establece una comparación entre situaciones desiguales sobre las cuales fundar la discriminación, ni hecho probado contiene una definición ni expresión de la situación objetiva de desigualdad derivada de una ideología del sujeto pasivo del hecho delictivo. Y no puede considerarse que el hecho de pertenecer a un instituto policial sea una ideología. Consecuentemente el hecho probado no permite la aplicación de la circunstancia de agravación.

Además, es preciso dar un contenido preciso a la circunstancia agravatoria. Hemos de acudir a los criterios clásicos de interpretación de la norma penal. En primer lugar, la intención del legislador, criterio que si bien no permite conocer de forma fiable el sentido de la norma, pues la intención del legislador aflora la razón que llevó al legislador a la promulgación de la norma, pero una vez publicada en el boletín oficial la norma tiene su propio contenido independiente de la voluntad del legislador. Sin embargo, permite indagar sobre la voluntad del legislador al tiempo de su promulgación. La Exposición de Motivos es clara al respecto al señalar como fundamento de la circunstancia de agravación «la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita y que se presentan bajo banderas y símbolos de ideología nazi, obliga a los estados democráticos a emprender una acción decisiva para luchar contra ella» las sucesivas reformas refieren distintos supuestos discriminatorio, y abordar la necesidad de alejar situaciones de violencia contra colectivos vulnerables, todavía, en nuestra cultura.

El legislador al incluir como agravación un contenido propio del derecho antidiscriminatorio otorga protección a las personas vinculadas a colectivos discriminados que se encuentran en desventaja para un desarrollo en libertad de su vida, evitando que ésta pueda sufrir una situación de discriminación por la mera pertenencia a un colectivo minoritario y vulnerable.

Un segundo criterio de interpretación surge del contexto en el cual aparece la agravante de discriminación por ideología. El artículo 22.4 del código penal hace referencia los motivos racistas, antisemitas, religiosos o creencia de la víctima, la etnia, la raza o nación a la que pertenezca, su sexo su orientación sexual, razones de género, enfermedad que padezca o discapacidad. Es decir, se trata de colectivos que presentan unas situaciones objetivas de vulnerabilidad que el legislador tiene en cuenta para proteger de forma especial y conformar un modelo social de tolerancia y de convivencia pacífica, sancionando conductas que perturban, o ponen en peligro, esa convivencia pacífica, al tiempo que persigue conformar una sociedad basada en la necesaria tolerancia. La interpretación de lo que se entienda por discriminación por ideología ha de ser realizada teniendo en cuenta ese contexto de situaciones necesitadas de una especial protección para garantizar la convivencia pacífica y la tolerancia entre distintos grupos sociales a los cuales es preciso respetar. En todo hecho delictivo, ciertamente se plantea un contexto de enfrentamiento donde pueden emerger

sentimientos de odio, ira o rabia, y no por ello la punición del delito precisa una especial valoración jurídica que se traslade a la agravación en el reproche penal, pese a existir esa situación de odio, ira, rabia o venganza. Se hace preciso constatar la existencia de un plus delictivo por el cual es preciso que la sociedad, en su conjunto, se conmueva ante lo discriminatorio de la situación porque en el delito concurre, además de la situación como la descrita en la tipicidad, un plus que afecta a la tolerancia, que afecta la convivencia pacífica, haciendo que la situación fáctica del delito conlleve además una conmoción social sobre el contenido de respeto y de quebranto de la necesaria tolerancia. De esta manera, el hecho no sólo perturba a la víctima, sino también el conjunto de la sociedad puesto que el hecho, además, pone de manifiesto un problema de convivencia por la discriminación en el que se basa.

Desde una interpretación literal del presupuesto fáctico de la agravación se requiere que la acción se desarrolle en detrimento de derecho de igualdad proclamada en el artículo 14 de la Constitución. La prohibición de discriminación supone la defensa del derecho a la igualdad. Tiene que producirse una situación de discriminación, un tratamiento desigual, basado en una ideología. Indagando lo que debemos entender por discriminación acudimos al manual de legislación europea contra la discriminación, publicado por la agencia de derechos fundamentales de la Unión Europea que proporciona, tras el examen de las Directivas 2000/43 y 2000/78, un entendimiento de lo que deba considerarse discriminación. Como tal ha de entenderse «toda aquella acción u omisión por la que una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido, o vaya a ser tratada otra en situación comparable y cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esa finalidad sean adecuados y necesarios». Es decir, la discriminación supone la negación del principio de igualdad y esto, a su vez supone averiguar, indagar y comparar situaciones para comprobar si concurre una situación discriminatoria y cuál sea la razón de esa discriminación. Si se constata un comportamiento no semejante respecto de otras personas, será discriminatorio, y si esa discriminación no aparece justificada en el ordenamiento y se realiza por motivos de los relacionados al artículo 22.4 del código penal, podemos calificar este hecho bajo la agravación específica. Pero es que, además, y como en los delitos de odio, la discriminación no sólo afecta a la víctima concreta, sino a la colectividad que se conmociona cuando se transgrede una norma de tolerancia, a la convivencia respetuosa de las distintas opciones y, principalmente, respecto de colectivos tradicionalmente vulnerables a los que el ordenamiento quiere proteger con cierta intensidad para procurar la actuación de un instituto de control social, como es el derecho penal. En cada caso, habrá de plantearse la situación de comparación que implica todo hecho discriminatorio, y la causa y la motivación de este trato desigual para comprobar si ese trato desigual es discriminatorio y si la misma discriminación tiene por causa algunas de las razones que expresa el apartado cuarto del artículo 22 del código penal. Es evidente que todo hecho delictivo comporta una situación discriminatoria, en la medida en que se selecciona una víctima y se actúa contra ella, pero lo relevante para la conformación de la circunstancia de agravación es comprobar la concurrencia de alguna de las circunstancias que permiten calificar la discriminación en algunos motivos a que se refiere el número cuarto del artículo 22. Como se ha afirmado anteriormente en el hecho probado no se afirma nada de esto. No se identifica la ideología, no se dice el tratamiento comparativo con otras situaciones, y no se explica en qué consiste el motivo en el cual fundamentar y calificar de discriminatorio esa conducta. La pertenencia a una asociación que persigue la expulsión de las fuerzas policiales, no se

declara respecto de todos los acusados, y condenados; tampoco la pertenencia de las víctimas a la guardia civil supone la asunción de una ideología necesitada de especial protección. Por otra parte, la situación fáctica de pertenencia al instituto armado policial ya ha sido tenida en cuenta por el tribunal de instancia aplicando la calificación de atentado por el hecho cometido.

Podríamos representarnos una situación a la que fuera de aplicación la agravación de discriminación por ideología a un supuesto en el que la víctima fuera miembro de una fuerza de seguridad del Estado, pues ciertamente la agravación va más allá de su consideración de agente de la autoridad, y no es incompatible, con la pertenencia a un cuerpo policial y el respeto que debe generar como depositario del principio de autoridad, pero sería preciso que en el hecho probado resultara patente una situación de discriminación y demás requisitos de la agravación. Reiteramos que en el hecho probado no refiere una situación de comparación, ni refiere una situación de desigualdad, ni una situación ideológica que el autor haya tenido en cuenta como móvil de su actuar. El que fueran guardias civiles ya ha sido tenido en cuenta para conformar la tipicidad en el delito de atentado, por lo que es de observancia la interdicción del art. 67 CP, cuando dispone que no se aplicarán [a] las circunstancias agravantes o atenuantes que la ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse (principio de inherencia). Por otra parte, tampoco se describe una situación objetiva de especial vulnerabilidad, y por tal no puede ser tenida la guardia civil.

(STS 458/2019, de 9 octubre)

## ARTÍCULO 28 CP

*Autoría conjunta: requisitos para extender la responsabilidad del hecho a todos los partícipes: unidad de acción, recíproca cooperación y mutuo concurso en la ejecución.*

Pues bien, ante esta cuestión debemos hacernos la pregunta acerca de ¿Cómo explicar la coautoría y la extensión de responsabilidad a los participantes?

Ante ello, es preciso analizar la concurrencia de elementos objetivos y subjetivos en su apreciación. Así, lo destaca la STS de 24 de marzo de 1998 para hacer mención a:

1. Elemento subjetivo de la coautoría: Toda participación en la comisión de un hecho delictivo –para implicar una responsabilidad criminal– ha de ser consciente y querida. Es lo que constituye el elemento subjetivo de la coautoría.

2. Elemento objetivo de la coautoría: Se concreta en la ejecución conjunta del hecho criminal.

Sobre esta base, y aunque lo desarrollamos a continuación de modo sistemático, diversas han sido las tesis sustentadas por la doctrina para determinar cuándo concurren ambos elementos.

a) Teoría de «acuerdo previo» («*pactum scaeleris* y reparto de papeles»), según la cual responderán como autores los que habiéndose puesto de acuerdo para la comisión del hecho participan luego en su ejecución según el plan convenido, con independencia del alcance objetivo de su respectiva participación.

b) Teoría del «dominio del hecho» (en cuanto posibilidad de interrumpir la voluntad el desarrollo del proceso fáctico), que en la coautoría debe predicarse del conjunto de los coautores; cada uno de ellos actúa y deja actuar a los demás, de ahí que lo que haga cada coautor puede ser imputado a los demás que actúan de acuerdo con él, lo que sin duda sucede cuando todos realizan coetáneamente los elementos del tipo penal de que se trate. Lo importante es, en definitiva, que cada individuo aporte una contribución objetiva y causal para la producción del hecho propuesto. La doctrina habla en estos casos de supuestos de «imputación recíproca» de las distintas contribuciones causales, en virtud del cual todos los partícipes responden de la «totalidad» de lo hecho común. Sin embargo, ello no puede sostenerse cuando uno de los coautores se excede por su cuenta del plan acordado, sin que los demás lo consientan, pues en tal caso el exceso no puede imputarse a los demás, porque más allá del acuerdo no hay imputación recíproca.

En cualquier caso, la exposición razonada que lleva a cabo esta Sala del Tribunal Supremo sobre la coautoría y la asunción de las consecuencias derivadas de un acto conjunto del que responderán todos del resultado final nos llevan a las siguientes conclusiones (entre otras, SSTs de 28 de mayo de 2001 y de 7 de noviembre de 2001, siguiendo a su vez a la de 25 de marzo de 2000):

a) Que son coautores todos aquellos que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan colectivo, aunque sus respectivas aportaciones no produzcan por sí solas el acto típico.

b) Que en la agresión en grupo, cuando todos los sujetos emplean contra el agredido una violencia de análoga intensidad, de todos debe ser predicado el co-dominio funcional del hecho, en cuanto la actuación de cada uno contribuye por igual a anular o disminuir la resistencia de la víctima y, además, la iniciativa de cualquiera de ellos podrá determinar el cese de la agresión.

c) Que el elemento subjetivo de la coautoría, acuerdo de voluntades, puede ser un acuerdo tácito, lo que ocurre normalmente en aquellos supuestos en los que transcurre un brevísimo lapso de tiempo entre la ideación criminal y su puesta en práctica; es decir, en el caso de que concurren más de una persona en la ejecución del hecho, el concierto entre ellos puede surgir de manera tácita e incluso de forma adhesiva, cuando alguno suma su comportamiento a lo ya realizado por otro. En estos casos ese vínculo de solidaridad hace igualmente responsables a cada uno de los intervinientes del fin propuesto, siempre que tengan el co-dominio del acto, pudiendo decidir que se ejecute o no.

Pues bien, de las sentencias citadas podemos fijar los siguientes parámetros de la coautoría y la responsabilidad en el hecho ejecutado por otro con plena asunción y admisión del ilícito proceder, para ubicarnos en la responsabilidad del recurrente que la niega descargando la posible responsabilidad en otros. Y ello, en base a la teoría del *pactum scaeleris* y el dominio funcional del hecho en situaciones de ideación y ejecución conjunta del delito y, como en este caso, con empleo de armas y asunción de las consecuencias:

#### 1. El dolo compartido en la ejecución del delito.

Del art. 28 CP se desprende que son coautores quienes realizan conjuntamente el hecho delictivo. Realización conjunta que debe estar animada por un dolo compartido, siendo éste, en rigor, el significado que debe darse en determinados casos al previo y mutuo acuerdo que ha sido constantemente exigido para afirmar la existencia de la codelincuencia –SS. 31/5/85, 13/5/86 entre otras– por la doctrina de esta Sala.



2. No es preciso que concurren en todos los coautores todos los elementos del tipo. Se exige la aportación de elementos esenciales en su ejecución.

La realización conjunta no supone que todos y cada uno de los elementos del tipo, sean ejecutados por los coautores, lo que es necesario para que se hable de realización conjunta de un hecho y para que el mismo sea atribuido, como a sus coautores, a quienes intervienen en él, es que todos aporten durante la fase de ejecución un elemento esencial para la realización del propósito común.

3. Asunción de la teoría del dominio del hecho.

A la misma consecuencia práctica lleva la utilización del instrumento teórico del dominio del hecho, acogido por esta Sala en numerosas y recientes sentencias como las de 12/2/86, 24/3/86, 15/7/88, 8/2/91 y 4/10/94. Según esta teoría, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico, siempre que, aun no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea este, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca.

La teoría del dominio del hecho se aplica en esencia a los supuestos de coautoría. Así, en la coautoría existe una corresponsabilidad de los copartícipes respecto al resultado que finalmente se produzca en la ejecución del delito. El TS señala (entre otras sentencias de 6 de mayo de 2004, rec. 452/2003) que si no consta ninguna oposición, protesta o reserva por parte de alguno de los intervinientes, si en cada secuencia figuran los acusados asumiendo los roles participativos que les corresponden, si las infracciones delictivas se llevan a término con unidad de conocimiento y de voluntad, fieles al plan ideado y aceptado y huyendo simultáneamente cuando lo estimaban consumado, no puede sino concluirse que todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo de solidaridad que los corresponsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos coadyuvan de modo eficaz y directo a la persecución del fin propuesto, con independencia de los actos que individualmente realizasen para el logro de la ilícita finalidad perseguida.

Por ello, se exige como presupuesto para la extensión de la responsabilidad del hecho a todos los partícipes la concurrencia de tres circunstancias básicas: a) La unidad de acción; b) La recíproca cooperación, y c) El mutuo concurso en la ejecución.

Dándose estas circunstancias, ello da lugar a que todos los responsables sean considerados como autores del delito (SSTS de 14 de enero de 1985, 12 de abril de 1986, 22 de febrero de 1988, 30 de noviembre de 1989, 21 de febrero de 1990 y 9 de octubre de 1992, entre muchas).

4. La plasmación del acuerdo previo en la ejecución del delito y asunción de las consecuencias o acuerdo durante la ejecución. Principio de imputación recíproca. La coautoría adhesiva.

Por lo que se refiere al acuerdo previo, elemento o soporte subjetivo de la coautoría, en que se funda el principio de «imputación recíproca» de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer, tanto la doctrina como la jurisprudencia, SSTS 3/7/86, y 20/11/81, han estimado suficiente que el acuerdo surja durante la ejecución, coautoría adhesiva, siendo también posible la sucesiva, que se produce cuando alguien suma un comportamiento al ya realizado por otro a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido parcialmente realizados por este (SS. 10/2/92, 5/10/93, 2/7/94) y que el acuerdo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar. El acuerdo, en definitiva,

especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes, esto es, con lo que se ha llamado el dolo compartido.

5. La coautoría no es suma de autorías individuales, sino «responsabilidad por la totalidad». No solo es autor en estos casos el que realiza materialmente la acción.

Como confirmación de lo expuesto puede recordarse que en las SSTs 21/12 /92 y 28/11/97 se afirmó que «cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores... la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho no puede, pues, ser autor solo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho».

6. Las aportaciones causales decisivas de los partícipes en la ejecución del delito. No necesidad de que cada coautor ejecute los actos materiales del tipo penal. Agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común.

Sentencia T.S. 11/9/00, que con cita de la SSTs 14/12/98, señala que «la nueva definición de la coautoría acogida en el art. 28 del C.P. 1995 como «realización conjunta del hecho» viene a superar las objeciones doctrinales a la línea jurisprudencial que ya venía incluyendo en el concepto de autoría, a través de la doctrina del «acuerdo previo», a los cooperadores no ejecutivos, es decir a quienes realizan aportaciones causales decisivas, pero ajenas al núcleo del tipo la «realización conjunta del hecho» implica que cada uno de los concertados para ejecutar el delito colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del mismo se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común. En consecuencia, a través del desarrollo del «*pactum scaeleris*» y del condominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones ajenas al núcleo del tipo, como la de quienes planifican, organizan y dirigen a distancia la operación, sin intervenir directa y materialmente en su ejecución».

7. Autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva. Conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal.

En este tema la STS 20-7-2001 precisa que la autoría material que describe el art. 28 CP no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección y por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes.

8. Autoría directa en ejecución compartida.

Autor directo, según dispone el CP, es quien realiza la acción típica, quien conlleva como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal. La autoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito.

#### 9. Diferencia de coautoría de la cooperación.

Como dice la STS 27-9-2000, tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elemento subjetivo de la autoría, y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación, en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor. Será autor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción, que será funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la autoría.

#### 10. La coautoría en el plano subjetivo y objetivo.

La coautoría aparece caracterizada:

a. Desde el plano subjetivo, por una decisión conjunta de los autores que permite engarzar las respectivas actuaciones enmarcadas de una división de funciones acordadas.

b. Desde el plano objetivo, las acciones de los coautores deben estar enmarcadas en fase de ejecución del delito.

#### 11. La participación adhesiva o sucesiva y la coautoría aditiva.

Las SSTS 29-3-93, 24-3-98 y 26-7-2000, han admitido como supuesto de coautoría, lo que se ha denominado participación adhesiva o sucesiva y también coautoría aditiva, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos.

1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito.

2) Que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquel.

3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento.

4) Que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien, interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho.

En este sentido, no puede pretenderse –y esto es importante– que se individualice cuál fue la concreta actuación de cada uno para darle a cada uno distinta responsabilidad en la comisión del delito.

#### 12. La imputación recíproca.

En este sentido en STS. 1320/2011 de 9.12, hemos dicho que todos los que intervienen en una pelea para la que existe una decisión común de agredir, aceptan lo que cada uno de ellos haga contra la seguridad física de las víctimas, resultando también coautores desde el punto de vista del dominio del hecho (STS 1503/2003, de 10-11). Este principio de imputación recíproca rige entre los coautores, mediante el cual a cada uno de los partícipes se les imputa la totalidad del hecho con independencia de la concreta acción que haya realizado.

Ahora bien, en estos supuestos es preciso comprobar que cada uno de los intervinientes sea, verdaderamente, autor, esto es tenga un dominio del hecho, en este supuesto condominios, y comprobar la efectiva acción para evitar que le sean imputables posibles excesos no abarcados por la acción conjunta bien entendido que no se excluye el carácter de coautor en los casos de decisiones de alguno de los partícipes

del plan inicial, siempre que dichas decisiones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes.

La antes aludida tesis de la imputación recíproca se manifiesta, así, bajo la admisión de la concurrencia del elemento subjetivo que destacan las SSTS de 1 de marzo, 11 de septiembre y 21 de diciembre de 2000 y 21 de febrero y 13 de marzo de 2001, al afirmar y reiterar que la realización conjunta debe estar animada por un dolo compartido por un mutuo y previo acuerdo, como soporte subjetivo de la autoría en que se funda el principio de la imputación recíproca de las distintas contribuciones al resultado, y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer.

Por otro lado, se entiende que es suficiente con que el acuerdo surja durante la ejecución –coautoría adhesiva o sucesiva– y que el mismo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar, por lo que ese acuerdo, especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes.

Como también se mantuvo en la sentencia de 25 de marzo de 2000, en la agresión de un grupo a una persona con la finalidad de ocasionarle un daño corporal de alcance y gravedad no precisados de antemano, las lesiones que resulten son imputables a todos los agresores de acuerdo con ese principio de la imputación recíproca, en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno haga contra la integridad física del agredido, por lo que, si uno de los agresores es el que materialmente ocasiona la lesión de que deriva la concreta tipicidad del hecho, ése será autor y los demás se considerarán como «cooperadores ejecutivos» por haber tomado parte directa en la ejecución; es decir, por haber ejercido actos de violencia sobre el sujeto pasivo que han confluído sobre los del primero y reforzado su eficacia.

13. No es preciso que cada coautor lleve a cabo todos los actos materiales del delito.

Doctrina que reitera en STS 1099/2007, de 14-6, 338/2010, de 16-4, al afirmar que no es necesario que cada coautor ejecute por sí mismo los actos materiales integradores del núcleo del tipo, concretamente en el homicidio la materialización de la agresión letal, pues a la realización del delito se llega conjuntamente por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integrados en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas, STS 1240/2000 de 11-9, y 1486/2000, de 27-9, que señala que «la coautoría aparece cuando varias personas, de común acuerdo, toman parte en la ejecución de un hecho típico constitutivo de delito. Tal conceptualización requiere, de una parte, la existencia de una decisión conjunta, elementos subjetivos de la coautoría y un dominio funcional del hecho con aportación al mismo de una acción en la fase ejecutoria, que integra el elemento objetivo. Se diferencia la coautoría de la cooperación, o de la participación; el carácter, subordinado o no, del partícipe de la acción del autor. Será coautor quien dirija su acción a la realización del tipo, con dominio de la acción; que será condominio funcional si existe división de funciones entre los intervinientes, pero todas con ese dominio de la acción característico de la coautoría.

14. El acuerdo es previo o simultáneo.

La mencionada decisión conjunta es consecuencia de un acuerdo que puede ser previo o simultáneo a la misma ejecución, debiendo valorarse, en su caso, la posible existencia de un exceso en algunos de los coautores, pudiendo quedar exceptuados los demás de la responsabilidad por el resultado derivado del mismo.

15. La teoría de las desviaciones previsibles.

Se cita en las SSTs. 434/2008 de 20.6, 1278/2011 de 29.11, 1320/2011 de 9.12, al examinar la cuestión de la comunicabilidad de la responsabilidad por la muerte o las lesiones producidas a la víctima del acto depredatorio por uno de los integrantes del robo. A este respecto, la jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que «el previo concierto para llevar a término un delito de robo con violencia o intimidación que no excluya «a priori» todo riesgo para la vida o la integridad corporal de las personas, responsabiliza a todos los partícipes directos del robo con cuya ocasión se causa una muerte o unas lesiones, aunque sólo alguno de ellos sean ejecutores de semejantes resultados personales», pues el partícipe no ejecutor material del acto homicida o lesivo que prevé y admite del modo más o menos implícito que en el «iter» del acto depredatorio pueda llegarse a ataques corporales, cuando menos se sitúa en el plano del dolo eventual, justificándose tanto en el campo de la causalidad como en el de la culpabilidad su responsabilidad en la acción omisiva o lesiva (SSTs de 31 de marzo de 1993, 18 de octubre y 7 de diciembre de 1994, 20 de noviembre de 1995 y 20 de julio de 2001), especificando la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1995 que no se excluye el carácter de coautor en los casos de desviaciones de alguno de los partícipes del plan inicial, siempre que dichas desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos, es decir, que de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, no quepa considerar imprevisibles para los partícipes.

16. El vínculo de solidaridad.

Es doctrina consagrada, por todas STS 474/2005, de 17-3, que todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo de solidaridad que les corresponsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos de modo eficaz y directo a la persecución del fin puesto con independencia de los actos que individualmente realizasen para el logro de la ilícita finalidad perseguida.

Cuando aparece afirmada la unidad de acción, recíproca cooperación y mantuvo asimismo, ello da lugar a que todas las responsabilidades sean considerados como autores del delito.

(STS 241/2019, de 9 mayo)

## ARTÍCULO 28 CP

*Autoría conjunta: teorías sobre la participación en delito doloso del que se halla ausente cuando se produce el resultado por tercero; no extensión de la responsabilidad por delito imprudente al ausente en los casos de concierto previo de voluntades para delinquir.*

El vínculo de solidaridad.

Es doctrina consagrada, por todas STS 474/2005, de 17-3, que todos los que concurren en la ejecución de un hecho se ven ligados por un vínculo de solidaridad que les corresponsabiliza en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos de modo eficaz y directo a la persecución del fin puesto con independencia de los actos que individualmente realizasen para el logro de la ilícita finalidad perseguida.

Cuando aparece afirmada la unidad de acción, ello da lugar a que todos los responsables sean considerados como autores del delito».

Tesis y posición sobre la no extensión de la conducta imprudente en los actos perpetrados en concierto de voluntades al ausente en la ejecución del delito.

Con ello, deben fijarse de antemano varios parámetros que es preciso tener en cuenta en el análisis de la no extensión de la conducta imprudente al ausente en un delito concertado, a saber:

1. Debe desconectarse el recurrente ausente de las consecuencias derivadas del hecho y de la muerte de la víctima en los delitos imprudentes.
2. Existe la desconexión causal de la muerte imprudente con el ausente en relación con los hechos por su calificación imprudente.
3. No existe un fuerte vínculo de unión entre la muerte imprudente y el proceder del recurrente ausente en la ejecución aunque participe en el acuerdo previo.

Por ello, en este caso debe darse la razón al recurrente estimando la no extensión de la condena por el delito de homicidio imprudente, aunque sí mantenerle el delito leve de lesiones, por la extensión de la imputación recíproca a los actos dolosos ejecutados como derivación del concierto previo de voluntades.

Así las cosas, debemos destacar que el concierto previo conlleva el alcance de la responsabilidad a los hechos ejecutados con dolo directo o eventual, pero no a los actos imprudentes, de tal manera que se produce una ruptura entre los partícipes, en su ámbito de responsabilidad, que han intervenido de forma directa en la forma en la que se han desarrollado los hechos sin la presencia física del recurrente.

Este concierto previo lo es con respecto a actos dolosos, por lo que una vez construida la calificación del Tribunal de instancia sobre la imprudencia, aspecto en el que este Tribunal no puede ni debe entrar, no podemos extender la responsabilidad por acto imprudente al partícipe en el concierto previo en la ejecución del robo de los autores directos del mismo, y, con ello, prolongar la responsabilidad al no presente de los delitos imprudentes cometidos, ya que es la calificación del homicidio imprudente lo que no puede extenderse al ausente.

Con ello, la desviación previsible, como teoría antes expuesta en los casos de imputación recíproca existe en los conciertos de voluntades que concluyen en la ejecución de actos de contenido doloso, bien a título de dolo directo o eventual, pero no existe desviación previsible en los delitos de corte imprudente, aspecto que es el que ha ocurrido en el presente hecho.

La inscripción de las voluntades que convergen en el concierto previo de las personas que se deciden a llevar a cabo un hecho delictivo lo hacen en una confluencia de voluntades en la preparación de llevar a cabo actos dolosos, pero ello no puede abarcar el acto imprudente. Y si imprudente es la calificación fijada por el Tribunal, y ello no se cuestiona en sede casacional por la acusación, como es el presente supuesto, existe una ruptura entre el concierto de voluntades y la existencia de un delito imprudente por la debida desconexión de éste respecto al concierto previo, que, como decimos, solo abarca a los delitos con dolo directo o dolo eventual.

Debe mantenerse, en consecuencia, una «imprevisibilidad» del partícipe y cooperador necesario en el delito imprudente desconectado de esa decidida voluntad a cometer el delito, lo que lleva a una ideación criminal concertada estrictamente dolosa, y no imprudente.

La doctrina se mantiene al respecto en la línea de sostener que no es necesario que el acuerdo sea previo ni expreso, ya que puede ser tácito, simultáneo o no. En definitiva, cuando cada uno de los intervinientes sea consciente y consienta con todas las circunstancias del hecho, incluida la intervención de los demás, no estamos más

que ante un dolo común de todos los intervinientes al cual la doctrina del acuerdo previo daría tal relevancia que le serviría para afirmar la existencia de coautoría. Pero sin que esta coautoría pueda extenderse en los partícipes al ausente del hecho, ya que el concierto previo se dibujó en un marco de actuaciones dolosas, de las que responden todos, eso sí, a título de dolo directo o eventual, pero no en las conductas imprudentes que se desconectan en relación al ausente en la ejecución física del delito.

Es sabido que doctrinalmente podríamos definir el delito imprudente como la creación de un riesgo típicamente relevante, esto es, la infracción de una norma de cuidado penal que previene una clase de riesgos conforme a la finalidad de la norma, y que tratándose de delitos imprudentes de resultado lesivo, éste debe ser consecuencia directa y concreta de la infracción del deber objetivo individual de cuidado, pero esta infracción del deber de cuidado no es aplicable en conductas de concierto previo al ausente.

Al respecto, la doctrina apunta que en los delitos culposos realiza el tipo todo el que causa un resultado mediante una acción que no responda al cuidado objetivamente debido, siempre que el resultado se haya producido precisamente como consecuencia de la inobservancia (de aquél), o realiza una acción desconociendo una cualidad de la misma o de su objeto como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (delitos culposos de acción).

La doctrina mayoritaria expone al respecto que en los delitos puros de resultado no se admita más forma de autoría que la autoría directa o inmediata, conclusión a la que llega, por lo demás, la doctrina alemana mayoritaria con sustento en la regulación positiva de las formas penalmente punibles de intervención delictiva. En efecto, la exigencia expresa de dolo tanto en el hecho del autor como en la conducta del partícipe constituyen un importante obstáculo para la aplicación de estas normas en caso de intervención plural en la comisión de los delitos imprudentes; circunstancia que, sin embargo, no impediría castigar como autor a quien contribuye en forma relevante a la causación imprudente del resultado. Y, del mismo modo, un importante sector doctrinal se inclina por afirmar que el deber de cuidado –como todo deber– es de carácter personal.

Así, sólo se puede infringir el deber propio; si en un mismo hecho varios sujetos incurrían en tal inobservancia, cada uno responde de su particular infracción, de manera que no procede la coautoría, que presupone concierto previo, ni la complicidad, que requiere colaboración para alcanzar el resultado prohibido. Se debe admitir, así, la posibilidad de coparticipación en un hecho culposo, señalando que no puede haber convergencia de voluntades en la ejecución del hecho; sólo podría haber pluralidad de autores, en cuanto todos actuaron con descuido o negligencia, rayaron en la imprudencia; por consiguiente sus intervenciones han sido decisivas, pero no extensible a los ausentes. Con ello, nos iríamos al planteamiento de la impunidad de la participación imprudente al sostener, tácitamente, que es posible distinguir (dogmáticamente) entre autores y partícipes en el delito imprudente, con lo cual adhiere a un concepto restrictivo de autor en este ámbito; pero en que sólo es punible la participación dolosa, y no la derivación de la conducta imprudente al ausente en la ejecución del delito.

Incide la doctrina en este punto afirmando que buena parte de la doctrina alemana y española exige la concurrencia de un requisito material en la autoría, a saber, el dominio del hecho, criterio que, mayoritariamente, se considera que contiene elementos subjetivos incompatibles con la esencia del delito imprudente. En consecuencia, en este caso, el dominio del hecho en el concierto de voluntades serviría y desempeña su ejecutivo papel en los delitos de contenido doloso, y así se ha extendido la responsabilidad penal en este caso al robo, pero si se llega a una calificación imprudente en el homicidio, en este caso ya hay ruptura por la imposibilidad de la extensión del dominio del hecho en el ausente a la conducta imprudente.

Hemos señalado que nuestra jurisprudencia reconoce que el previo concierto para llevar a cabo el delito responsabiliza a todos los partícipes del resultado causado con su ocasión, siempre que el partícipe no ejecutor material del acto pudiera prever y admitir –de modo más o menos implícito–, que en el «*iter*» delictivo que expresamente buscaba podían producirse desviaciones de alguno de los partícipes respecto del plan inicial, y que tales desviaciones tengan lugar en el marco habitual de los hechos emprendidos. En estos supuestos (de los que quedarían excepcionalmente excluidos aquellos casos en los que el poderío del medio alcanza a cambiar la naturaleza propuesta al inducido, por ser alteraciones sustancialmente equivalentes a un exceso cualitativo), es evidente que el dolo del inductor –si concurre– será normalmente eventual, por lo que puede apreciarse una responsabilidad del inductor que se justifica tanto en el campo de la causalidad, como en el de la culpabilidad (véanse, entre otras, SSTS de 31 de marzo de 1993, 18 de octubre y 7 de diciembre de 1994, 20 de noviembre de 1995 y 20 de julio de 2001) (STS 949/2016, de 15 de diciembre). Pero ello no ocurre ni se traslada a los delitos de corte imprudente.

Otros autores tratan de la coautoría imprudente que se daría en estos casos de actuación conjunta que da lugar a un hecho imprudente, como aquí ocurre, de la figura de la autoría accesoria imprudente, que en rigor no es un supuesto de codelin-cuencia, pues falta el acuerdo para la realización conjunta del hecho. Según este sector doctrinal lo característico de la autoría accesoria es que supone dos o más hechos realizados por distintos sujetos, que dan lugar a diversos cursos causales (y también diversas relaciones de riesgo imputables objetivamente) independientes, pero cumulativos en relación a un mismo resultado. Así, se incide en que la doctrina admite por lo general la figura de la autoría accesoria imprudente. El tratamiento de la autoría accesoria imprudente no plantea problemas: cuando cada curso causal, originado por un hecho imprudente es capaz de causar por sí solo y con independencia de los demás el resultado, y contiene el riesgo de realización de ese resultado, en cuyo caso se impone la responsabilidad a cada sujeto por el correspondiente delito imprudente. Sin embargo, en el presente caso no hay, tampoco, una autoría accesoria imprudente, porque en el concierto previo no despliega el recurrente actos de corte imprudente que desemboquen en el hecho que es calificado como tal por el Tribunal.

(STS 541/2019, de 6 noviembre)

## ARTÍCULO 31 BIS CP

*Responsabilidad penal de las personas jurídicas: cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal.*

La responsabilidad de la persona jurídica requiere como presupuesto la comisión de alguno de los delitos que se señalan en la parte especial del Código Penal (CP) como imputables a las mismas, por parte de algunas de las personas y en las condiciones establecidas en el artículo 31 bis y siguientes del CP. El fundamento se encuentra en el incumplimiento de la obligación de adoptar medidas o sistemas orientados a controlar y evitar la comisión de determinados delitos que pudieran cometerse en su ámbito de organización.

En la STS n.º 154/2016, antes citada, se decía que «el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del



delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización».

Y, más adelante, se señalaba que «la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis.1 parr. 1.º CP y hoy de forma definitiva a tenor del nuevo art. 31 bis.1 a) y 2 CP, tras la reforma operada por la LO 1/2015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II del Código Penal como posibles antecedentes de esa responsabilidad de la persona jurídica».

Es evidente que la mera inexistencia de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de representantes, directivos y subordinados, tendentes a la evitación de la comisión de delitos imputables a la persona jurídica, no constituye, por sí misma, un comportamiento delictivo. La persona jurídica no es condenada por un (hoy inexistente) delito de omisión de programas de cumplimiento normativo o por la inexistencia de una cultura de respeto al Derecho. Para que sea condenada, es precisa la comisión de uno de los delitos que, previstos en la parte especial del Código Penal, operan como delito antecedente, tal como aparece contemplado en el artículo 31 bis; y que haya sido cometido por una de las personas en dicho precepto mencionadas. La condena recaerá precisamente por ese delito. Y, además, será necesario establecer que esas hipotéticas medidas podrían haber evitado su comisión.

Por lo tanto, a la persona jurídica no se le imputa un delito especial integrado por un comportamiento de tipo omisivo, sino el mismo delito que se imputa a la persona física, en el cual, generalmente, participará a través de una omisión de las cautelas obligadas por su posición de garante legalmente establecida, tendentes a evitar la comisión de determinados delitos. No se trata, pues, de una imputación independiente de la realizada contra la persona física, sino que tiene a ésta como base necesaria de las consecuencias penales que resultarían para la persona jurídica. A ésta le concierne, pues, no solo lo relativo a si su organización contiene medidas o planes de cumplimiento normativo, integrantes o no de un plan completo, establecidas con la finalidad de prevenir delitos o de reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. También le afecta todo lo relativo a la prueba de los hechos ejecutados por las personas físicas, con todas las circunstancias que pudieran influir en la evitabilidad del delito concreto imputado, así como a la calificación jurídica de la conducta.

Ello justifica que, siendo posible, no se deba excluir a la persona jurídica de la discusión, característica del juicio oral, respecto de la acreditación, fáctica y jurídica, de la comisión del delito antecedente por parte de la persona física, evitando la celebración de un juicio contra aquella contando ya con la existencia previa de una declaración de hechos probados, referidos a la persona física, pero que le afectarían directamente. Es claro que ha de reconocerse la posibilidad de enjuiciar separadamente a la persona jurídica, (artículo 31 ter CP), pero no debe ser excluida de la posibilidad de negar mediante su defensa la comisión del delito antecedente imputado a la persona física, si no lo impiden las propias circunstancias de la causa.

En el caso, la persona jurídica fue representada en el plenario por Procurador y Abogado, pero resultaron ser los mismos que representaban y defendían a la persona

física, a pesar de que, ya desde la instrucción se había apreciado la existencia de un conflicto o contraposición de intereses entre ellos, que nadie negó, ni entonces ni posteriormente. Es razonable entender que su defensa no fue lo efectiva que debería haber sido, al menos en lo que se refiere concretamente a la citación y presencia de su representante en dicho acto.

En relación con esta cuestión, se recordaba en la STS n.º 668/2017, de 11 de octubre, que «En la STS 583/2017, 19 de julio, insistíamos en la necesidad de preservar cualquier conflicto de intereses entre la dirección letrada de la persona jurídica investigada y la persona física autora del delito de referencia. Decíamos entonces que «... dejar en manos de quien se sabe autor del delito originario, la posibilidad de llevar a cabo actuaciones como las de buscar una rápida conformidad de la persona jurídica, proceder a la indemnización con cargo a ésta de los eventuales perjudicados y, obviamente, no colaborar con las autoridades para el completo esclarecimiento de los hechos, supondría una intolerable limitación del ejercicio de su derecho de defensa para su representada, con el único objetivo de ocultar la propia responsabilidad del representante o, cuando menos, de desincentivar el interés en proseguir las complejas diligencias dirigidas a averiguar la identidad del autor físico de la infracción inicial, incluso para los propios perjudicados por el delito una vez que han visto ya satisfecho su derecho a la reparación».

Además, a diferencia de otros casos en los que las consecuencias para la persona jurídica son de orden civil, lo cual ha permitido justificar su no intervención en algunos aspectos penales, en los casos de responsabilidad penal, la determinación de la existencia del delito antecedente imputado a la persona física, es un elemento necesario para establecer las consecuencias de orden penal que afectarán a la persona jurídica, lo que justifica su presencia y posibilidad de intervención en las cuestiones relativas a esa materia.

En consecuencia, a efectos de evitar cualquier asomo de indefensión, la anulación de la sentencia y del juicio oral se extiende a ambos acusados, debiendo celebrarse un nuevo juicio en el que sea citado correctamente el representante especialmente designado por la persona jurídica, debiendo facilitarse la posibilidad de que la persona jurídica pueda designar nuevos Procurador y Letrado, diferentes de los que representen y defiendan al acusado Amador, designándose de oficio, si fuera pertinente.

(STS 123/2019, de 8 marzo)

## ARTÍCULO 127 CP

*Decomiso: está al margen de las penas y medidas de seguridad y no es una responsabilidad civil ex delicto, guardando una directa relación con las penas y con el derecho sancionador, con la exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición.*

Los arts. 127 a 127 octies y 128 se encuadran en el Título VI del Libro I del Código Penal, dedicado a las «consecuencias accesorias» (derivadas de la infracción penal), que, ajenas a la tradición jurídica española aparecen en nuestra legislación en 1995, el denominado hasta ahora «comiso» se contemplaba como «pena» accesoria desde 1822 –con la excepción del Código de 1928, donde se concebía como medida

de seguridad-. El decomiso lo define el Código Penal como la «pérdida» de efectos, bienes, medios, instrumentos o ganancias de un delito o actividad delictiva, según los casos, no aparece en el catálogo de penas del art. 33 del Código, tampoco aparece en el catálogo de medidas de seguridad del art. 96 CP. Su regulación no se ubica ni en el Título III del Libro I del Código, dedicado a las penas, ni en el Título IV, dedicado a las medidas de seguridad. Tampoco es, estrictamente, responsabilidad civil. Ni se ubica en el Título V, dedicado a ella, ni siempre estamos ante la reparación de los daños y perjuicios causados por el delito, como ocurre en el presente caso en el que estamos ante el comiso de un instrumento del delito.

Con todas las reformas operadas en el Código Penal, se habían ido aumentando las posibilidades de acordar el decomiso tanto de los propios bienes, medios e instrumentos usados en la preparación o ejecución de un delito, como de los efectos y de las ganancias obtenidas, aunque hubieran sido invertidas, así como de su valor equivalente cuando no fuera posible recuperarlos.

La doctrina más autorizada opina que el comiso quedaba configurado nítidamente como una consecuencia penal diferente de la pena y de la medida de seguridad, puesto que no compartía ni el fundamento de la culpabilidad ni el de la peligrosidad. El propio legislador lo catalogaba como una consecuencia accesorias separada de ambas sanciones. Pero algunos elementos de su regulación, como la confiscación de los instrumentos utilizados en la preparación o en la ejecución del delito, el carácter indisponible del comiso y su exigencia ineludible en el proceso penal, lo diferenciaban de la responsabilidad civil derivada del delito. Mayoritariamente se considera como «tercera vía» de sanciones criminales.

Bajo la regulación anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, un amplio sector doctrinal entendió que el comiso era una consecuencia sui generis del delito de naturaleza penal, distinta de la pena y de las medidas de seguridad. Igualmente, esta Sala declaró que se trataba de «una tercera clase de sanciones penales, siguiendo así nuestro Código la línea iniciada por los Derechos germánicos (Código penal suizo o Código penal alemán) de establecer un tercer género de sanciones bajo la denominación de «consecuencias jurídicas o consecuencias accesorias» (STS 228/2013, de 22 de marzo). En coherencia con esta configuración también hemos dicho en sentencia 1528/2002, de 20 de septiembre, entre otras, que «el comiso, aunque no incluido en el catálogo de las penas contenido en el artículo 33 CP, constituye una sanción sometida a los principios de culpabilidad, proporcionalidad, pertinencia y legalidad». El Tribunal Constitucional ha negado que el comiso constituya una pena, pero lo califica de «sanción» (STC 151/2002, de 15 de julio).

En definitiva, la Jurisprudencia de esta Sala ha entendido que el comiso –con anterioridad a la reforma operada en el 2015, con base a la Directiva 2014/42/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014– al ser una consecuencia accesorias, al margen de las penas y medidas de seguridad, su naturaleza es, según la doctrina más autorizada, la de una tercera clase de sanciones penales, siguiendo así nuestro Código Penal la línea iniciada por los derechos penales germánicos de establecer un tercer género de sanciones bajo la denominación de «consecuencias jurídicas o consecuencias accesorias» (STS 16/09, de 27 de enero). No se trata de una responsabilidad civil ex delicto, el comiso, por el contrario, guarda una directa relación con las penas y con el Derecho sancionador, en todo caso, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición (SSTS 450/07, de 30 de mayo). Naturaleza que, tras la reforma del 2015, pese a la amplitud de los supuestos y procedimientos del decomiso, no ha variado sustancialmente.

(...) El fundamento genérico del comiso es la necesidad de impedir que el bien o efectos decomisados vuelvan a ser utilizados para la comisión de nuevos delitos. Así en el ámbito de la seguridad vial, es necesario ponderar la concurrencia de tres presupuestos o elementos: 1) la peligrosidad objetiva del bien decomisado, en este caso un vehículo, al objeto de prevenir su utilización en el futuro para la comisión de nuevos delitos contra la seguridad vial; 2) la peligrosidad del sujeto, esto es la probabilidad de que pueda volver a delinquir, utilizando tal instrumento; 3) el juicio de proporcionalidad en la aplicación de la medida, atendiendo a las circunstancias concretas del caso.

(STS 258/2019, de 22 mayo)

## ARTÍCULO 139.1.4 CP

*Asesinato para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra: el fundamento de la agravación es la mayor reprobabilidad de la conducta de quien mata a otro por ser un obstáculo para la consecución de un objetivo delictivo distinto.*

Debe señalarse, en relación al artículo 139.1.4 del Código Penal, que resulta una figura de reciente incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en vigor desde el 1 de julio de 2015, aplicable por lo tanto al supuesto de autos, al haber sucedido los hechos en el mes de abril del año 2016.

De lo expuesto se desprende que la naturaleza de la agravación procede, precisamente, de la consideración de la vida de otra persona como un mero instrumento, de la que se puede prescindir para cometer un delito de robo, lo que supone un desprecio adicional a la vida que conlleva, con arreglo al referido precepto, la agravación de la conducta, de un homicidio a un asesinato, en este caso, claro está, en grado de tentativa.

(...) Pues bien, esta cuestión ha sido tratada ya por esta Sala del Tribunal Supremo de forma clara en la Sentencia 102/2018 de 1 Mar. 2018, Rec. 10578/2017 donde se concreta que:

«No hay incompatibilidad entre el *non bis in idem* y la fórmula agravatoria elegida por el legislador de 2015 en el art. 139.1.4.º CP.

Varias consideraciones fundan esta conclusión:

a) De una parte, la agravación del art. 139.1.4 CP juega también cuando el otro delito no ha llegado a iniciarse. Cuando además de la finalidad, que es lo que determina la cualificación como asesinato, se comete el otro delito es necesario para abarcar el total desvalor de la conducta proceder a la doble punición. A diferencia de lo que sucede con el delito de atentado que sí queda absorbido por el art. 138, el art. 139.1.4.º no absorbe los delitos que puedan llegar a cometerse, y que, además, pueden ser delitos graves, menos graves y leves. No sería lógico que quedasen embebidos siempre fuese cual fuese su intensidad equiparando supuestos de gravedad muy diversa.

b) Esta constatación nos lleva a tratar de descubrir cuál es el fundamento de esa agravación. Precisamente la no diferenciación según la entidad del delito buscado o que se trata de encubrir ha permitido sostener a algún acreditado comentarista que la

esencia o razón de la innovadora agravación se encuentra en que revela una intolerable banalización de la vida y del propio ser humano, convertido en mero instrumento del que puede prescindirse, para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra el delito ya cometido. Desde esa filosofía resultaría correcto asimilar todos los delitos ocultados o facilitados con la muerte sin distinguir según su gravedad: adquiere sentido no circunscribir el asesinato al propósito de cometer u ocultar un delito grave.

Si situamos ahí la razón de la agravación se cohonestaría bien ésta con el castigo por separado del delito cometido. La ratio de la agravación no es la comisión de otro delito, sino la consideración del móvil que lleva a acabar con la vida de otra persona. Ese móvil determina al legislador a establecer un reproche superior, independiente de la sanción que pueda merecer ese otro delito que podría ser grave, menos grave, o leve. Siempre se penará aparte del asesinato.

Quien priva dolosamente de la vida a otro simplemente porque es obstáculo para la consecución de un objetivo delictivo distinto y casi siempre menor realiza una conducta más reprobable.

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, consumar 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 art. 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 art. 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 art. 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».

(STS 649/2019, de 20 diciembre)

## ARTÍCULO 140 CP

*Asesinato: víctima menor de dieciséis años de edad, o persona especialmente vulnerable por razón de su edad.*

(...) la pena de prisión permanente revisable, que resulta de aplicación del art. 140.1 del Código Penal tiene un fundamento distinto de las agravaciones que dan lugar al delito de asesinato. Por decisión del legislador, al incorporar tal pena a nuestro catálogo delictivo, como consecuencia de una decisión de política criminal, ha establecido que cuando en un delito de asesinato concorra alguna de las circunstancias detalladas en tal precepto, corresponderá la imposición de la pena de prisión permanente revisable, y ello ocurrirá en tres clases de supuestos: 1.º) por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima, que se predica con carácter general para los menores de 16 años; 2.º) por razón de que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima; y 3.º) cuando el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

En nuestro caso, el hecho ha sido calificado de asesinato, dada la edad de la menor, que le imposibilitaba para la defensa, y además, dado lo imprevisible del suceso, ya que la madre, que se constituye como garante de la vida de la niña, se ve sorprendida por el ataque del agresor, el cual «de manera sorpresiva y sin que esta pudiera evitarlo, la lanzó por la ventana a través del hueco del cristal que previamente había roto» (hechos probados). De manera que queda justificada la imposición de la prisión permanente revisable, que aquí debe mantenerse, pues se traduce en una agravación por la mayor antijuridicidad de la acción.

En efecto, como ha razonado el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional, y no ha combatido la defensa, el ataque fue sorpresivo.

(...) La condición de la víctima menor de 16 años de edad, y en el caso, de 17 meses de existencia, supone un fundamento distinto que justifica la decisión del legislador, y que no supone un *bis in idem* que impida la aplicación del art. 140.1.1.º del Código Penal.

El Ministerio Fiscal en esta instancia casacional argumenta que, en realidad, existen dos hechos diferenciados, uno que convierte el homicidio en asesinato y otro que agrava el asesinato, y por consecuencia de ello, no nos hallamos en el caso de que una única circunstancia sea valorada dos veces para agravar doblemente la punición de la conducta del acusado. Nosotros consideramos también que concurre un diferente fundamento jurídico para la agravación que determina la prisión permanente revisable. Y así lo hemos declarado ya con anterioridad en nuestra STS 520/2018, de 31 de octubre de 2018, en donde leemos que concurre un fundamento diferente para cada una de las dos cualificaciones (alevosía, vulnerabilidad) que, por tanto, resultan compatibles: a) La alevosía se aprecia en virtud de la forma de comisión delictiva (sorpresiva e inopinada), un estrangulamiento inesperado con un cable, que no dejaba capacidad de reacción. Habría alevosía fuese cual fuese la edad y condición de la víctima. b) La agravación de especial vulnerabilidad se basa en la ancianidad y situación de la víctima.

Son dos bases diferentes para dos agravaciones diferentes: no hay *bis in idem* sino un legítimo *bis in altera*.

Y aunque –sigue razonando tal Sentencia–, ciertamente el apartado 1.1.ª del artículo 140 suscita problemas de deslinde con la alevosía (vid. STS 80/2017, de 10 de febrero), la solución no pasa inevitablemente por un reformateo del concepto actual

de la alevosía o un replanteamiento de sus fronteras o perfiles, ni por el vaciado de contenido en la práctica del art. 140.1.1.ª CP.

Y se añade en tal resolución judicial: «Una buena parte de los casos en que la víctima es menor de edad o persona especialmente vulnerable serán supuestos de alevosía. Pero no todos necesariamente. De lo contrario carecería de sentido la previsión del homicidio agravado que recoge el vigente art. 138.2 a) CP. El homicidio agravado por razón de las condiciones de la víctima ha de tener su propio campo de acción: aquel en que no exista alevosía. Son imaginables sin excesivo esfuerzo supuestos en que pese a ser la víctima menor de 16 años o vulnerable por su enfermedad o discapacidad no concurrirá alevosía. Sería entonces aplicable el homicidio agravado del art. 138.2. a) CP (homicidio sobre un adolescente de 15 años capaz ya de desplegar su propia defensa, o en niños en compañía de personas que las protegen...)».

En nuestro caso, ni puede llevarse a efecto una interpretación que, como ya hemos dicho, deje vacío de contenido en la práctica del art. 140.1.1.ª del Código Penal, ni puede imaginarse un caso más claro en donde proceda la prisión permanente revisable que el legislador ha concebido para sancionar estos hechos. No aplicarla en este caso, sería no aplicarla nunca con niños. Y es claro que la interpretación judicial no puede dejar sin efecto el sentido de la norma.

Obsérvese que es posible un homicidio agravado cuando no concurra las condiciones del asesinato, pero sí la protección especial que dispensa a ciertas víctimas el art. 140.1.1.ª del Código Penal. Y así lo dispone con toda claridad el art. 138.2 a) cuando se den en la comisión de un homicidio alguna de las circunstancias del apartado 1 del art. 140 del Código Penal.

En síntesis, en el supuesto de autos, la concurrencia de la alevosía de desvalimiento, determinó la calificación del asesinato del art. 139.1 CP, pero al recaer sobre persona especialmente vulnerable por razón de su edad, menor de 16 años (art. 140.1.1.ª CP), el Magistrado-Presidente entendió que la pena resultante era la de prisión permanente revisable. Al decidir de este modo consideró correctamente que no se producía una doble valoración de la misma circunstancia, sino un distinto fundamento de la punición.

(...) La reforma derivada de la LO 1/2015, de 30 de marzo, introduce varias hipercualificaciones en el delito de asesinato, que se enumeran en el nuevo art. 140, siendo la primera de ellas, que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.

En nuestro caso, la indefensión proviene del desvalimiento que caracteriza a los ataques a un bebé de meses, por la especial situación de la vulnerabilidad de la víctima.

Mientras que el fundamento de la prisión permanente revisable radica en la especial protección de los menores de 16 años (o resto de personas vulnerables) más que sancionar el mayor reproche derivado del aseguramiento buscado por el autor frente a posibles reacciones defensivas, que es el fundamento de la alevosía.

De este modo la situación de desvalimiento, integraría la situación de indefensión que posibilitó la estimación de la circunstancia de alevosía y en todo caso, como parece apuntar la sentencia recurrida, cabría escindir las diversas modalidades de la alevosía, para entender que en todo caso la sorpresiva siempre podría cualificar el asesinato y la menor edad lo hipercualificaría.

No tendría sentido castigar con la pena de prisión permanente revisable la muerte alevosa de un menor de 15 años, cuya alevosía quedara prefijada como consecuencia de un ataque sorpresivo frente a víctima menor de 16 años, y por consiguiente no desvalido, pues en tal caso no podría alegarse *non bis in idem*, al ser el fundamento

distinto, y sancionar, en cambio, el hecho que ahora revisamos relativo a la muerte de un bebé de 17 meses de edad con una pena menor.

(STS 367/2019, de 18 julio)

## ARTÍCULO 150 CP

*Lesiones, causar a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad: fractura de incisivo central izquierdo, intervención médica reparadora, reconstrucción; secuela permanente: subsumción en el tipo delictivo básico del art. 147 CP.*

Nos encontramos ante una fractura de pieza dental, lo que supone pérdida parcial de la misma reparada mediante su reconstrucción. Ello nos lleva a analizar la doctrina de la Sala en torno a fractura de pieza dentaria posteriormente reconstruida mediante intervención médica.

En este caso hay que recordar el Acuerdo del pleno no jurisdiccional de esta sala de 19.4.2002 que dice así: «La pérdida de incisivos u otras piezas dentarias ocasionadas por dolo directo o eventual es ordinariamente subsumible en el art. 150 del Código Penal. Este criterio admite modulaciones en supuestos de menor entidad en atención a la relevancia de la afectación o de las circunstancias de reparación accesible con carácter general sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado. En todo caso dicho resultado comportará valoración como delito y no como falta».

(...) Con ello, vemos que el criterio es:

1. Premisa básica: La pérdida de un incisivo ha sido tradicionalmente considerada por la jurisprudencia de esta Sala como determinante de deformidad, subsumible como tal dentro del artículo 150 CP.

2. Sin embargo, admite modulaciones en supuestos de menor entidad, en atención a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a la posibilidad de reparación accesible con carácter general, sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado.

Vamos, pues, a analizar esta situación donde los parámetros básicos deben circunscribirse al análisis del caso concreto y valorar en él qué circunstancias se dan, qué piezas son las fracturadas o perdidas y si se aplicó intervención médica, el resultado de la misma y la reflexión del Tribunal acerca de su resultado desarrollando la casuística en orden a su apreciación y no apreciación.

(...) Veamos, pues, la respuesta de la Sala en estos casos debidamente sistematizada de forma gráfica.

No se aprecia deformidad del art. 150 CP:

1. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1191/2010 de 27 Nov. 2010, Rec. 10822/2009.

Si bien la pérdida de piezas dentales ocasionada por dolo directo o eventual es ordinariamente subsumible en el art. 150 del Código Penal, el criterio admite modulaciones en atención a la relevancia de la afectación y a las posibilidades de reparación de la deformidad ocasionada, cuando el tratamiento pueda llevarse a cabo sin riesgo mediante una práctica que pueda considerarse habitual en términos de experiencia médica.



Las fracturas, que no pérdida, de piezas dentarias, corregidas, sin que queden secuelas visibles integran el tipo ordinario de lesiones (S 19 de mayo de 2006). En consecuencia no es apreciable en este caso el tipo de lesiones con deformidad del art. 150 ya que el resultado se limitó a la pérdida de un 20% en un incisivo, que fue reconstruido.

2. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 388/2016 de 6 May. 2016, Rec. 1923/2015.

(...) Conforme a tal acuerdo hemos de dejar constancia, como dijimos en la Sentencia 92/2013 de 12 de febrero, que en cuanto a la relevancia de la afectación no es lo mismo, por ejemplo, la mera rotura de una o varias piezas dentarias que su pérdida definitiva, ni tampoco es indiferente la situación de las piezas afectadas, por la mayor o menor visibilidad y consiguiente afeamiento producido por su pérdida, que hace necesario la sustitución por una prótesis. Es igualmente de suma importancia el estado anterior de las piezas dentarias afectadas, es decir, si las conservaba en buen estado o ya se hallaban deterioradas o recompuestas.

Pues bien, en nuestro caso, se trataba de la rotura de tres piezas dentarias, incisivos, pero el relato fáctico nada refiere de la intensidad de la rotura. El examen de la causa nos indica que las roturas eran parciales y que tras el tratamiento realizado la boca ha quedado «perfecta» dice el relato fáctico. En consecuencia, la falta de precisión del relato fáctico junto al dato conocido de la rotura y la perfecta reconstrucción de esa rótula hace que la lesión no alcance la agravación prevista en el art. 150 CP la deformidad. En el sentido indicado procedemos a la modulación del criterio de subsumición que nos indica que la pérdida de piezas dentarias, de ordinario se subsume en el art. 150 Código penal, supuesto que no es de aplicación toda vez que no se trata de pérdida de piezas dentarias, sino de rotura y que la intervención médica la ha subsanado a la perfección, sin que del relato fáctico resulten otros criterios que permitan subsumir el relato en la deformidad.

En consecuencia, procede la estimación del motivo y subsumir los hechos en el art. 147 del Código penal».

3. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 918/2003 de 20 Jun. 2003, Rec. 542/2002.

«En el contemplado en la sentencia colacionada, se dictaminaba pericialmente el fácil sometimiento a una pequeña intervención médica, carente de riesgos, con plenas posibilidades de éxito y que eliminaría la deformidad o defecto corporal.

En nuestro caso, el ofendido por el delito ya se había sometido de grado al implante protésico de la pieza dentaria perdida (incisivo central superior izquierdo) y pudo apreciarse «de visu» y ser objeto de contradicción en juicio el resultado exitoso de la intervención odontológica, que hacía absolutamente imperceptible cualquier anomalía dentaria a la vista de terceros.

El motivo debe estimarse parcialmente, aplicando a los hechos el art. 147 C.P.»

4. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 796/2013 de 31 Oct. 2013, Rec. 256/2013.

Podemos llevar a cabo un análisis sistemático de la evolución jurisprudencial que se cita, y por ello, tras elaborar una clasificación de las premisas que deben tenerse en cuenta, de esta sentencia podemos extraer las siguientes conclusiones:

a. Concepto de deformidad.

Esta Sala tiene declarado que como deformidad ha de calificarse aquella pérdida permanente de sustancia corporal que, por su visibilidad, determina un perjuicio estético suficientemente relevante para justificar mínimamente su equiparación con la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal (SSTS. 426/2004 de 6.4, 361/2005 de 22.3, 1512/2005 de 27.12).

Igualmente es doctrina de esta Sala (S. 76/2003 de 23.1) que la deformidad estriba en una imperfección estética que rompe la armonía facial y es por tanto visible y permanente. Para su valoración debe tenerse en cuenta el estado del lesionado tras un periodo curativo que deba considerarse médicamente normal, sin valorar, en principio, las eventuales posibilidades de recuperación tras una intervención posterior (STS n.º 2443/2001, de 29 de abril de 2002).

b. Fractura o pérdida de pieza dentaria de incisivos.

Una antigua y constante doctrina de esta Sala ha estimado que la pérdida de una pieza dentaria, acarrea una alteración en la facies de la persona, «sobre todo si se trata de incisivos», que debe ser considerada deformidad, sin que sea suficiente argumento en contra que la situación antiestética pueda ser modificada con técnicas quirúrgicas u odontológicas que suponen, en todo caso, costes y sufrimientos físicos y no alteran la inicial existencia de una verdadera deformidad.

c. Modulaciones del Acuerdo del Tribunal Supremo de fecha 19 de abril de 2002.

El criterio es el de que: «La pérdida de incisivos u otras piezas dentarias, ocasionada por dolo directo o eventual, es ordinariamente subsumible en el art. 150 CP».

Pero este criterio admite modulaciones en supuestos de menor entidad, en atención a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a la posibilidad de reparación accesible con carácter general, sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado.

Este acuerdo supone una manifestación más de que todo enjuiciamiento es un concepto individualizado e individualizable, por tanto, situado extramuros de planteamientos rutinarios que conducen a interpretaciones mecanicistas de la Ley. Será caso a caso como deberá resolverse la cuestión desde la premisa general sentada en el acuerdo de que la pérdida dentaria «es ordinariamente subsumible en el art. 150 CP» (STS. 837/2004 de 28.6), pero expresa un importante giro interpretativo por lo que supone la flexibilidad del mencionado concepto a tenor de los avances producidos en materia de cirugía plástica y reparadora, mediante una práctica que pueda considerarse habitual en términos de experiencia médica (SSTS. 606/2008 de 1, 962/2008 de 17.12).

d. Resoluciones dictadas admitiendo la deformidad o entendiendo que se aplica el art. 147.1 CP.

1. Procedencia de la deformidad:

sentencias 127/2003 de 5.2, 510/2003 de 3.4, 979/2003 de 3.7, 1588/2003 de 26.1, auto 23.12.2004 y 17.2.2005, 1036/2006 de 24.10; 830/2007 de 9.10, 915/2007 de 19.11, 962/2008 de 17.12, 91/2009 de 3.2, 958/2009 de 9.10, 1200/2011 de 18.11, que incluyen dentro del concepto de deformidad, no obstante la pérdida de incisivos, porque entienden que la ausencia sobrevenida de una de tales piezas dentarias altera notablemente, por su anomalía y visibilidad, la estética del rostro.

2. No procedencia de la deformidad.

Si bien esta Sala, por ejemplo, SS. 2116/2992 de 21.3 (sic), 763/2004 de 15.6, no ha equiparado en todo caso la rotura de un incisivo a su pérdida, porque la rotura, a diferencia de la pérdida, admite grados y es posible que alguno de ellos no generen un defecto estético que merezca la calificación jurídica de deformidad.

La inaplicabilidad del concepto de deformidad, no obstante la pérdida de piezas dentarias se da en las SSTS. 577/2002 de 14.5, 1079/2002 de 6.6, 1534/2002 de 18.9, 158/2003 de 15.9, 639/2003 de 30.4, 1270/2003 de 3.10, 1357/2003 de 29.10, 546/2004 de 30.4, 394/2004 de 23.3, 836(sic)/2005 de 28.6, 482/2006 de 5.5, 686/2007 de 19.7, 652/2007 de 12.7, 916/2010 de 26.10, 271/2012 de 9.4.

e. Exclusión de la deformidad apreciando la menor entidad y parámetros a tener en cuenta.

Así pues, resulta de todo punto necesario analizar el caso enjuiciado para llegar a las conclusiones que proceden, con examen de las actuaciones directas en orden a comprobar si hubo prueba de cargo capaz de dar vida al tipo aplicado. Ello permite a los órganos jurisdiccionales excluir de la agravación de deformidad ponderadamente y en una valoración caso a caso, aquellos supuestos de menor entidad a los que ya se refiere la jurisprudencia de esta Sala.

Para la apreciación de estos supuestos, el criterio unificado establecido en el Pleno de esta Sala permite valorar tres parámetros.

1. En primer lugar la relevancia de la afectación, pues no es lo mismo una mera rotura que la pérdida total de una o de varias piezas dentarias, y también ha de considerarse la mayor o menor visibilidad o afeamiento estético que la lesión ocasiona, en atención a la situación de las piezas dentarias afectadas o a otros factores.

2. En segundo lugar las circunstancias de la víctima en las que ha de incluirse la situación anterior de las piezas afectadas. Por ejemplo la sentencia de esta Sala 1079/2002 de 6.6, ha excluido la aplicación de la agravación atendiendo a que la única pieza dentaria afectada ya había sido antes empastada, es decir, que se trataba de una pieza «ya deteriorada y recompuesta». Criterio en el que incide la STS. 916/2010 de 26.10, en un caso en que la víctima «tenía la dentadura en muy mal estado y apenas le quedaban cinco piezas en toda la boca... todas ellas en la parte inferior, poco arraigadas o agarradas».

3. Y, en tercer lugar, la posibilidad de reparación odontológica de la pieza o piezas afectadas, pero sin que ello suponga acudir a medios extraordinarios (pues a través de estos medios hoy día casi cualquier deformidad puede ser reparada), ya que todas las pérdidas dentarias son hoy ordinariamente sustituibles o reparables por vía de intervención odontológica, lo cual impediría la aplicación del acuerdo citado en su formulación general primera, sino a través de una fórmula reparadora que sea habitualmente utilizada con carácter general, fácilmente accesible y sin necesidad de riesgo alguno ni especiales dificultades para el lesionado (SSTS. 437/2002 de 17.6, 389/2004 de 13(sic).3, 1512/2005 de 27.12, 390/2006 de 3.4, 830/2007 de 9.10, 19/2008 de 17.1).

En definitiva, para la valoración de estas circunstancias la STS. 271/2012 de 9.4 recuerda que «ha de tomarse en consideración que la pena establecida para estos supuestos por el legislador, un mínimo de tres años de privación de libertad, indica claramente que se pretenden sancionar conductas especialmente graves, lo que aconseja excluir aquellos supuestos de menor entidad en los que la pena legalmente determinada resulta desproporcionada».

f. La reparación de la pieza dentaria.

1. Visibilidad y permanencia del defecto.

Hemos dicho en STS. 428/2013 de 29.5, que el concepto de reparación accesible no dificultosa es secundario, ya que todas las pérdidas dentarias son hoy ordinariamente sustituibles o reparables por vía de intervención odontológica, y que la pérdida de piezas dentales, especialmente los incisivos, por su trascendencia estética, han sido tradicionalmente valoradas como causantes de deformidad, argumentando básicamente que comporta la presencia de un estigma visible y permanente que, por más que pueda ser reparado mediante cirugía, no dejaría de subsistir, por lo que tiene de alteración de la forma original de una parte de la anatomía del afectado. Por ello los resultados de las lesiones deben ser apreciados en el momento de juzgar, no los de eventuales mejoras determinadas por hipotéticas intervenciones posteriores que, de otra parte, no pueden imponerse a las víctimas (SSTS. 1123/2001 de 13.6, 91/2009 de 3.2).

2. Necesidad de que el Tribunal de enjuiciamiento realice un esfuerzo motivador del caso concreto para apreciar, o no, la deformidad.

Ahora bien, este criterio ha sido matizado por esta Sala partiendo de que la apreciación de la deformidad es normalmente competencia de la Sala de instancia que durante el juicio puede apreciar «in visu» las lesiones producidas, así como las repercusiones estéticas y funcionales, si bien ello supone un juicio de valor susceptible de revisión en casación, y de que cuando las lesiones han producido la pérdida de una o varias piezas dentarias –supuesto relativamente frecuente– nos encontramos con las consiguientes dificultades para su tratamiento jurídico.

La jurisprudencia valora distintamente la pérdida de las diferentes piezas dentarias. No es lo mismo –a efectos de la calificación jurídica– la pérdida de los incisivos o de los caninos que la de los premolares o molares, como tampoco la pérdida o la rotura de la pieza de que se trate y dentro de esta última surgen también las consiguientes diferencias.

g. Elementos de la deformidad.

Se ha dicho en STS. 389/2004 de 23.3, que el concepto de deformidad se compone de dos elementos que son: 1.– El afeamiento y 2.– La permanencia.

Este criterio se mantiene cuando se trata de la pérdida de alguna pieza dental, si bien la permanencia del defecto no significa que no pueda ser corregido con algún remedio como sería la cirugía estética, cirugía maxilofacial, ortodoncia, implantes, o cualquier otro medio, pronunciándose esta Sala por la irrelevancia para el concepto de deformidad el que sea o no corregible, pero cuando la reparación es sencilla y sin riesgo para la víctima, no es posible aplicar la deformidad, al no concurrir la exigencia de permanencia de la deformidad (SSTS. 348/2003 de 9.4, 639/2003 de 30.4, 1022/2003 de 7.7).

h. Afectación externa visible pese a la intervención médica determinante de la deformidad. Su desestimación en el caso contrario y aplicación del art. 147.1 CP.

En el caso analizado en la sentencia del Tribunal Supremo 796/2013 de 31 Oct. 2013, Rec. 256/2013 se recoge que:

«No nos encontramos ante una posibilidad de corrección posterior que no descartaría hipotéticas complicaciones, sino que en el caso, tal como señala la sentencia

impugnada, el tratamiento odontológico ya ha supuesto la restauración íntegra de las piezas afectadas. Siendo así, la existencia de deformidad en el sentido legal sólo podría fundarse en el dato de que la forma original de la región anatómica afectada ha experimentado un cambio debido a una acción externa, pero que tiene actualmente una traducción práctica de la limitada trascendencia de que se ha dejado constancia. Y ello en virtud de una actuación médica que se ajusta en sus particularidades a las exigencias del acuerdo del pleno de esta sala que se ha citado, puesto que no supuso una operación de riesgo y pertenece a un género de intervenciones (desvitalizaciones, implantes) que se practican con total normalidad en régimen de consulta (STS. 1534/2002 de 18.9, 686/2007 de 19.7).

Así en STS. 836/2005 de 28.56(*sic*), pérdida de incisivos con implantación de prótesis sin signos visibles de alteración y sin que se haga referencia a defecto funcional en la masticación.

Pérdida de dos incisivos con posibilidad de ser reparados (STS. 392[sic]/2006 de 28.4).

Pérdida de incisivo dental del lado inferior derecho y fracturas parciales de otros incisivos sin dificultades concretas para su reparación odontológica. Tipo básico (STS. 483[sic]/2006 de 5.5).

En el caso en cuestión analizado en esta sentencia del Tribunal Supremo se desestimó aplicar el art. 150 CP integrante de la deformidad, y, sin embargo, se aplicó el art. 147.1 CP al señalar que:

«El tribunal de instancia para concluir la subsunción de los hechos en el art. 147 CP, y no en el art. 150, tiene en cuenta los informes médicos y la prueba pericial practicada en el acto del juicio oral, asimismo la observación directa del perjudicado, que como efecto del principio de inmediación, se llevó a efecto en el acto del juicio oral; destacando cómo al perjudicado se le han realizados dos implantes, de forma que no se aprecia visualmente en la actualidad ningún elemento de afeamiento del aspecto físico de su cara. La colocación de dichos implantes no han ocasionado mayores problemas o dificultades que los que se producen normal y habitualmente en este tipo de operaciones odontológicas y desde el momento de su colocación no se han puesto de manifiesto circunstancias que disminuyan o limiten la funcionalidad de las piezas dentales.

Juicio de valor expuesto razonadamente por el Tribunal de instancia y que no puede considerarse arbitrario ni carente de fundamento razonable, máxime cuando la agresión –un solo manotazo en la cara– no revela la intensidad y brutalidad, ni la conducta especialmente grave que se pretende sancionar con el tipo del art. 150 CP».

Se aprecia deformidad.

1. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 686/2007 de 19 Jul. 2007, Rec. 2066/2006.

En este caso existió una fractura de incisivo lateral y, además, otra del dental, con dos huecos en la parte visible de la boca, pero no se cita intervención médica ni reconstrucción. Se confirmó la deformidad, porque literalmente ésta existía por dejar esos huecos la agresión. (...)

2. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 2443/2001 de 29 Abr. 2002, Rec. 989/2000.

«No cabe considerar el caso enjuiciado como un supuesto de menor entidad, excluyente de la aplicación del subtipo de deformidad, conforme al criterio de la sentencia de esta Sala de 29 Ene. 1996 –que apreció menor entidad en el caso de pérdida de una sola pieza dentaria por un golpe «a manos limpias»– y de la sentencia de esta

Sala de 22 Ene. 2001 –que no estimó deformidad en el caso de rotura de parte de un diente y de una pequeña cicatriz, ambas inapreciables a la vista– y según el acuerdo adoptado por el Pleno de la Sala de 20(sic) Abr. pasado, que entendió que la menor entidad tendría que ponderarse en atención a la relevancia de la afectación, a las concretas circunstancias de la víctima, y a la reparabilidad de la deformidad.

(...)

3. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1036/2006 de 24 Oct. 2006, Rec. 696/2006.

«Esta Sala ha entendido generalmente que el carácter permanente de la deformidad no se desvirtúa por la posibilidad de su corrección posterior pues la restauración no puede ser obligatoria para el perjudicado y su posible corrección no elimina el resultado típico. En este sentido las STS n.º 389/2004, de 23 de marzo; STS n.º 85/2005, de 7 de febrero, y STS n.º 1512/2005, de 27 de diciembre.

(...)

4. Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 338/2003 de 10 Mar. 2003, Rec. 2326/2001.

«En el presente caso nos encontramos ante un hecho que entendemos encaja en lo que, conforme a dicho acuerdo plenario, ha de considerarse como de ordinaria aplicación del tan repetido art. 150. Como bien dice el Ministerio Fiscal una pérdida de dos incisivos superiores, bien visible por tanto, encaja en el concepto de deformidad simple prevista en tal norma penal. Se trata de un hecho semejante a los previstos en nuestras recientes sentencias de 29 Abr. 2002, 2 Oct. 2002 y 26 Nov. 2002. No nos encontramos ante un supuesto de menor entidad de los expresados en tal acuerdo. No hay ninguna razón para excluir aquí el concepto de deformidad conforme a esos criterios que en el mismo se indican: es relevante la afectación de esa pérdida de los dos incisivos en relación con el aspecto exterior de la víctima. Concretamente existió la deformidad no grave prevista en tal norma penal, en contraposición, por un lado, a la deformidad grave del art. 149 y, por otro, a la de menor entidad que por el mencionado acuerdo habría de encajar en el tipo básico del 147.1».

Conclusión:

De lo expuesto se desprende que la calificación se encuentra estrechamente vinculada a las circunstancias del caso, lo que necesariamente determina que la jurisprudencia de esta Sala oscile en atención a las mismas. Y en este caso concreto debería estimarse este motivo en torno a las siguientes circunstancias:

1. No existe en la argumentación del Tribunal ninguna explicación en torno a las consecuencias negativas de la fractura y posterior intervención en orden a la fijación de los parámetros del afeamiento y permanencia. Se limita a destacar que hubo intervención médica y que la secuela es la misma reconstrucción, pero sin precisar si existe permanencia de la visibilidad de la diferencia en la boca entre la situación precedente y la posterior.

2. No existe motivación alguna en la sentencia al apreciar la deformidad en torno a si la intervención conllevó a un riesgo para la víctima y a la gran entidad de la reparación o sus consecuencias para la víctima.

3. No existe ninguna motivación acerca de las dificultades concretas para su reparación odontológica.

4. No existe ninguna motivación acerca de si se han puesto de manifiesto circunstancias que disminuyan o limiten la funcionalidad de las piezas dentales.

5. No existe ninguna motivación acerca de si, en razón a la inmediatez en el juicio se puede apreciar «*in visu*» las lesiones producidas, así como las repercusiones estéticas y funcionales.

6. No existe ninguna motivación acerca de la exigencia de permanencia de la deformidad.

7. No existe ninguna motivación acerca de si se trató de una posibilidad de reparación odontológica de la pieza o piezas afectadas, pero sin que ello suponga acudir a medios extraordinarios.

8. No existe ninguna motivación acerca de la mayor o menor visibilidad o afeamiento estético que la lesión ocasione, en atención a la situación de las piezas dentarias afectadas o a otros factores.

9. No existe ninguna motivación acerca de la existencia de anomalía y visibilidad, que afectan a la estética del rostro.

Es decir, fijados estos nueve factores debemos concluir en el examen sistemático para la apreciación de la deformidad del art. 150 CP en el caso de afectación a piezas dentarias, que el Tribunal debe realizar un esfuerzo motivador acerca de estas circunstancias en el análisis concreto del caso y valorar cada una de ellas para determinar la concurrencia de la deformidad del art. 150 CP, o, en su defecto, aplicar el art. 147.1 CP, analizando en cada caso todos y cada uno de los parámetros que se han explicitado.

Y en el presente caso no concurren los exigentes para apreciar la deformidad del art. 150 CP en el caso de piezas dentarias, porque el Tribunal se limita a señalar que se trató de una fractura de incisivo central izquierdo, que para su sanidad precisaron de una primera asistencia facultativa y de tratamiento médico consistente en reconstrucción del incisivo central izquierdo, permaneciendo como secuela permanente dicha reconstrucción.

(STS 184/2019, de 2 abril)

## ARTÍCULO 153 CP

*Violencia de género: enfoque desde perspectiva de género de los supuestos de agresiones sin causar lesión en el contexto de la relación de pareja o ex pareja. Dos manotazos en cada mejilla de la cara y con ambas manos a mujer que es su pareja cuando estaba en el suelo en mal estado, no adoptando otras soluciones de ayuda, sin que sea válida la excusa que la agresión era para reanimarla.*

No es válido asumir el empleo de la agresión ni la reacción de la fuerza en el contexto de la relación de pareja. De ser así hay violencia de género.

Así pues, no podemos admitir «en ningún escenario» que la vía del empleo de la fuerza y la violencia sea la metodología a emplear para resolver cualquier situación o incidencia que pueda surgir en la pareja.

El empleo de la violencia o de la fuerza no puede operar como causa de justificación, salvo casos concretos y debidamente motivados en atención a evitar un mal mayor a la víctima que el que se ejerce con la agresión.

Y en este caso concurren los dos elementos que el juez de lo penal tuvo en cuenta en este caso, a saber:

a. Relación de pareja entre sujeto activo y pasividad del delito y b. El hecho de una agresión de él a ella dándole dos tortazos «para reanimarle» se recoge en la sentencia revocatoria de la condena.

No puede admitir, por ello, este Tribunal en ningún caso que podamos legitimar el uso de una agresión y la violencia como vía para arreglar una situación, cuando si, en realidad, el autor de la agresión vio alterada a su pareja debió utilizar otros métodos ajenos al empleo de la violencia. Además, el hecho probado lo que describe son «dos tortazos» en ambas mejillas de la víctima y con las dos manos del autor. Si, en verdad, la vio en un estado preocupante lo que tenía que haber hecho es haber requerido los servicios de una ambulancia que pudiera intervenir con personal médico profesional que pudiera atender a la víctima, y no darle dos tortazos «para reanimarle», que es lo que sostiene el Tribunal para dictar una sentencia absolutoria. El argumento expuesto por el Tribunal es insostenible y alejado de la reciente doctrina de la Sala.

El juez de lo penal que es ante quien se ha practicado la prueba destaca con rotundidad, concreción y claridad que el autor de la agresión le da a su pareja «dos tortazos de considerable entidad». Y, además, uno en cada mejilla y con sus dos manos, lo que excluye cualquier excusa que pudiera tener el autor para usar la violencia como causa de justificación ante la conducta de la víctima. Incluso rechazó la intervención de la ambulancia, que era lo que debió hacer y no agredirle, señalando «que le iban a cobrar el desplazamiento», ante lo cual su solución fue agredir a su pareja con las dos manos.

Esta Sala del Tribunal Supremo no puede admitir en ningún caso que el empleo de la violencia sea el argumento por el que deben resolverse los problemas que pueden existir en una pareja. Ni violencia verbal, ni física, porque, en ningún caso, cualquier tipo de violencia puede utilizarlo su autor como bandera de una causa de justificación concreta bajo la que pretenda articular un cambio de conducta o reacción de su pareja. Y mucho menos con la excusa o causa de justificación de que lo hace para «reanimarle», ya que el empleo de la violencia o de la fuerza no es nunca causa de justificación.

Con ello, tanto la violencia verbal como la física deben desterrarse de la sociedad, pero más aún en el contexto de la relación de pareja, donde si, en realidad, el que agrede quisiera ayudar a su pareja debe recurrir a infinidad de soluciones alternativas ajenas y distintas al empleo de la violencia.

2. Si existe probada agresión, aun sin causar lesión, es constitutivo del tipo penal del art. 153.1 CP, y si se agreden ambos la mujer lo será del art. 153.2 CP. Ni la alternativa de la absolución, ni la degradación a delito leve pueden ser la respuesta penal ante el empleo de la violencia en la pareja.

Esta Sala del Tribunal Supremo no puede avalar, tampoco, que pueda ampararse la agresión que se describe en los hechos probados como método para «reanimar» un hombre a su pareja, ni a la inversa tampoco, pero porque esa interpretación es desproporcionada e irracional, como se ha expuesto, y en la medida en que no tuvo que llevar a cabo esa conducta que, al menos, está incluida y subsumida en el tipo penal del art. 153.1 CP. Y no se trata de un derecho penal de autor, sino que en el contexto de las relaciones de pareja el empleo de la violencia no puede utilizarse como «asidero» justificativo de la línea argumental que pretenda realizar uno de los miembros de la misma, siendo condenados ambos por maltrato si existe una agresión mutua, como ya destacamos con detalle en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 677/2018 de 20 Dic. 2018, Rec. 1388/2018, por cuanto la solución penal ante las agresiones no puede ser la absolución, o la degradación a delito leve, cuando los hechos probados encuentran perfecto acomodo penal en el art. 153 CP. Ni la alternativa de la absolu-



ción, ni la degradación a delito leve pueden ser la respuesta penal ante el empleo de la violencia en la pareja.

(...) 4. El rechazo del legislador a la agresión como causa de justificación ante determinadas conductas de la víctima. No hay causa de justificación ante el maltrato.

La evolución actual de la sociedad y la civilización en el contexto internacional destierran radicalmente estas conductas del escenario del hogar y de cualquier escenario, de tal manera que evita que se puedan recurrir a conductas violentas, sean del grado que sean, para resolver los problemas que puedan existir. Y para modular el reproche penal que pueda corresponder a hechos menos graves, incluso el legislador introduce subtipos atenuados que permiten al juez modular la pena atendiendo a las circunstancias del caso concreto, cuando el Juez o Tribunal aprecien los hechos elementos que permitan imponer una pena menor.

Pero lo que está claro es que no es posible que estas circunstancias, como las que constan en los hechos probados, permitan al Tribunal acudir a la absolución en lugar de hacerlo al reproche penal del precepto aplicable al caso concreto y modular la pena por medio de subtipos atenuados, o en base al proceso de individualización judicial de la pena que permite el art. 66 CP.

(...) 6. Referencia al contenido del Convenio de Estambul ratificado por España por Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (BOE de 6 de Junio de 2014).

Es preciso destacar la vigencia en España del Convenio de Estambul por ser derecho interno, a fin de poner de manifiesto que deben desterrarse todo tipo de conductas violentas ejercidas contra la mujer por medio de sus parejas o ex parejas, no admitiéndose «bajo ningún contexto» cualquier tipo de causa de justificación que pueda alegarse por el autor de la agresión, para tratar de ampararse en razones personales que le avalen en el hecho de golpear o maltratar a una mujer. (...) En consecuencia, dado que se trata de desterrar «cualquier tipo de violencia física que se ejerza sobre la mujer», el hecho probado relata una clara agresión física que tiene cabida y ubicación tipificadora en el art. 153.1 CP sin precisarse una determinada intención de lesionar no exigida en el citado Convenio, ni en el precepto que el legislador de la LO 15/2003 introdujo en nuestro Código Penal.

(...) 9. El enfoque de la perspectiva de género con la que deben enfocarse estos supuestos donde concurre una agresión sin causar lesión en el contexto de la relación de pareja o ex pareja.

Ya expuso esta Sala del Tribunal Supremo que este tipo de casos deben enfocarse con la debida «perspectiva de género» con la que deben tratarse los supuestos de agresión en el seno de la pareja. Porque agresión es la conducta del condenado por el juez penal, al golpearle con ambas manos en las dos partes de la cara de la víctima; reacción absolutamente inasumible en el contexto de una pareja o ex pareja, y en cualquier contexto de las relaciones humanas, porque no es un acto que pueda justificarse en ningún escenario. El ejercicio de la violencia es rechazable en cualquier contexto, y si es en la relación de pareja serán constitutivo de violencia de género si es agresión del hombre a la mujer y doméstica a la inversa, o en el seno del hogar. Pero en ninguna de estas situaciones puede justificarse la violencia como método o línea argumental para justificar decisiones o reacciones de las personas. Ni está justificado en el derecho de corrección que está ya derogado, ni en ningún otro contexto puede operar como justificación de conductas. Porque justificar el ejercicio de la violencia es la desnaturalización del ser humano que vive en sociedad. Y justificarla en el seno de la pareja supone perpetuar la dominación del hombre sobre la mujer, poniendo en su defensa del uso de la violencia, «razones» para ejercerla.

Así, la perspectiva de género como línea argumental de rechazo de la violencia como causa de justificación es, también, la herramienta que debe utilizarse para deterrar comportamientos de dominación donde operan estas justificaciones de la violencia para someter a la víctima a un estado de permanente subyugación que se ejerce por la vía instrumental de la argumentación del empleo de la violencia como vía para sostener el mantenimiento de la desigualdad.

Así, en la sentencia del Tribunal Supremo 247/2018 de 24 May. 2018, Rec. 10549/2017 señalamos que ante un caso de tentativa de asesinato de un hombre sobre su pareja en su hogar, debe enfocarse «en este caso concreto, con una perspectiva de género, ante la forma de ocurrir los hechos del hombre sobre su mujer y delante de sus hijos, y con un mayor aseguramiento de la acción agresiva sobre la víctima mujer por su propia pareja y en su hogar, siempre que del relato de hechos probados se evidencie esta imposibilidad de defensa de la misma en la acción de su pareja».

Y en la sentencia de esta Sala 282/2018 de 13 Jun. 2018, Rec. 10776/2017 en otro caso de tentativa de asesinato, también se recuerda que «se debe aplicar este caso con perspectiva de género en un intento del recurrente de acabar con la vida de su ex pareja y a sabiendas de que allí estaba su propio hijo, lo que agrava aún más el escenario criminal y la percepción que esa escena le supone y le supondrá para toda su vida al menor, lo que agrava el acto y la perversidad de su ejecución, lo que entra de lleno en la proporcionalidad de la pena».

Recuerda la doctrina en este contexto que la expresión violencia de género tiene su origen en el término inglés *gender-based violence* o *gender violence* formulado en la ya citada Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995 y que en su Declaración 118 recogía que «la violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo. La violencia contra la mujer a lo largo de su ciclo vital dimana esencialmente de pautas culturales, en particular de los efectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales o consuetudinarias y de todos los actos de extremismo relacionados con la raza, el sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad».

Estas situaciones de agresiones de hombres sobre mujeres, y más aún en el contexto de la relación de pareja deben afrontarse con la necesaria perspectiva de género, que, al decir de la doctrina especializada en la materia, y en su enfoque desde el derecho, es una herramienta o mecanismo de análisis, que busca explicar el fenómeno de la desigualdad y de la inequidad entre hombres y mujeres. Consiste en el enfoque de las cosas, situaciones o problemas, tomando en consideración la diversidad en los modos en que se presentan las relaciones de género en la sociedad, pero entendiendo a la vez la identidad de género, tanto de hombres como mujeres.

La perspectiva de género, o *gender mainstreaming approach*, incide en la forma de enfocar la violencia en pareja, y desde el análisis de que la violencia de género, al igual que el género en sí mismo, tiene una determinante cultural, bajo la idea de que la violencia de género en la relación de pareja se manifiesta en toda forma de abuso físico, psicológico y sexual hacia la mujer, a partir de la construcción cultural de su sexo y la situación de desventaja y subordinación que le condiciona esta. La violencia contra la mujer representa una de las formas más extremas de desigualdad de género y una de las principales barreras para su empoderamiento, el despliegue de sus capacidades y el ejercicio de sus derechos, además de constituir una clara violación a sus derechos humanos. La principal característica de la violencia de género es que se trata de violencia ejercida por hombres hacia las mujeres ante situaciones de desigualdad o

subordinación femenina. Y en este contexto de los hechos probados debemos recordar que es cuando la víctima estaba en el suelo en un mal estado personal cuando recibe del agresor los dos bofetones en la cara, suponiendo un claro acto de agresión en una relación de pareja, no siendo exigible la causación de una lesión para su tipicidad penal.

El enfoque con el que debe realizarse este análisis de casos como el presente se enraíza desde la perspectiva de género en razón a la necesidad de que todas las formas de subordinación femenina sean eliminadas.

Los actos de agresión en el seno de la pareja o ex pareja enfocados desde una perspectiva de género, y frente a alegatos, como el aquí expuesto, de que quería «reanimarle de su estado» suponen dejar claro que el propósito subyacente del autor es el de degradar o el abuso de poder como elemento constitutivo de los delitos de género. Y conste que hemos fijado que no se exige el elemento intencional para entenderse cometido el delito, debido a que solo se exige la agresión objetivable, pero la misma agresión anudándola a una «justificación de la agresión» supone, desde una perspectiva de género, perpetuar el sometimiento de la mujer al hombre al utilizarse el instrumento de la fuerza y la agresión para subyugar a la víctima a las decisiones del autor de la agresión. Porque en el fondo, la agresión supone un mensaje de dominación intrínseca que no se expone externamente con palabras, pero sí con el gesto psicológico que lleva consigo el golpe, o el maltrato como aviso a la víctima de las consecuencias de su negativa a aceptar el rol de esa dominación.

Recordemos que cuando se aprobó la LO 1/2004 la doctrina destacó, a la hora de tratar el ámbito competencial de los Juzgados de violencia contra la mujer, que lo que sustenta la regulación especial de esta materia no es cualquier tipo de violencia, sino únicamente la que se derive «como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres», cuestión ésta que no es mera descripción retórica, sino muy importante para la delimitación del concepto de «violencia de género», el cual debe ser enfocado desde esta «perspectiva de género» para poder analizar y entender de lo que estamos hablando.

Además, la doctrina señala al respecto que la «perspectiva de género» ha sido declarada conforme a la Constitución por varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional, recaídos tras la STC 59/2008, de 14 de mayo, legitimándose en dicha instancia el subsistema penal de género.

Se ha señalado, también, que el tratamiento de la violencia de género desde esta perspectiva tiene como punto de partida la consideración de que las diferencias construidas socialmente entre hombres y mujeres no tienen nada que ver con la biología y sí con la cultura de tradición patriarcal motivada por el ansia de poder y dominación del hombre sobre la mujer. Así, se trata de diferencias de origen social, adquiridas, variables, contingentes, artificiales y, hasta cierto punto, modificables. Y es con fundamento en ellas, cuando en función del sexo se cumplen los roles dominantes tradicionales asignados convencionalmente al hombre y de subordinación y desigualdad a la mujer, convirtiéndose así las diferencias sociales en diferencias de género. Se origina de esta forma un tratamiento discriminatorio de las víctimas de violencia de género fruto de estas desigualdades que no tiene su base en posiciones de igualdad, sino en la más absoluta de las desigualdades no sólo sociales, sino también otras relacionadas como la económica o la educacional.

(STS 217/2019, de 25 abril)

## ARTÍCULO 177 BIS CP

*Trata de seres humanos: el engaño consiste en utilizar datos total o parcialmente falsos para hacer creer a la víctima algo que no cierto y consistente en ofertas de trabajo legítimo en el servicio doméstico, en establecimientos comerciales o como modelos y en general en ofrecer a personas desvalidas unas mejores condiciones de vida. Compatibilidad concursal con el art. 318 bis CP.*

En la sentencia de esta Sala 214/2017, de 29 de marzo, se subrayan como elementos típicos de la conducta criminal de la trata de seres humanos, que son destacados por la UNODC (Oficina de la Naciones Unidas contra la droga y el delito), y que se perciben en las sucesivas fases en las que se articula la trata:

i) Fase de captación. La primera fase del delito de trata de seres humanos consiste en una inicial conducta de captación, que consiste en la atracción de una persona para controlar su voluntad con fines de explotación, lo que equivale al reclutamiento de la víctima. En esta fase de captación o reclutamiento, se utiliza habitualmente el engaño, mediante el cual el tratante, sus colaboradores o su organización articulan un mecanismo de acercamiento directo o indirecto a la víctima para lograr su «enganche» o aceptación de la propuesta. También se combina con frecuencia el engaño con la coacción. El engaño consiste en utilizar datos total o parcialmente falsos para hacer creer a la víctima algo que no es cierto y que generalmente se traduce en ofertas de trabajo legítimo, bien en el servicio doméstico, bien en establecimientos fabriles o comerciales, o incluso como modelos, y en general en ofrecer a personas desvalidas unas mejores condiciones de vida. Normalmente el engaño es utilizado para mantener a la víctima bajo control durante la fase de traslado e inicialmente en los lugares de explotación, aunque pronto se sustituye o se combina con la coacción.

La coacción implica fuerza, violencia o intimidación para que las víctimas acepten las condiciones impuestas. Los tratantes utilizan este medio sobre las víctimas mediante diferentes elementos generadores: la amenaza de ejercer un daño directo y personal a la víctima o la de afectar a sus familiares o allegados que se quedan en el país de origen es una de las más frecuentes. La aportación de documentación, y su sustracción, tienen un papel determinante en la trata: los documentos de identidad y viaje (pasaporte, etc.) son falsificados con frecuencia, y en cualquier caso retenidos por los tratantes o sus colaboradores para dificultar la fuga de las víctimas.

ii) Fase de traslado. Ocupa el segundo eslabón de la actividad delictiva en la trata de seres humanos. El traslado consiste en mover a una persona de un lugar a otro utilizando cualquier medio disponible (incluso a pie). La utilización de la expresión traslado enfatiza el cambio que realiza una persona de comunidad o país y está relacionado con la técnica del «desarraigo», que es esencial para el éxito de la actividad delictiva de trata. El traslado puede realizarse dentro del país, aunque es más habitual cuando cruce de fronteras.

El desarraigo consiste en que la víctima es separada del lugar o medio donde se ha criado o habita, cortando así los vínculos afectivos que tiene con ellos mediante el uso de fuerza, la coacción y el engaño. El objetivo del desarraigo es evitar el contacto de la víctima con sus redes sociales de apoyo: familia, amistades, vecinos, a fin de provocar unas condiciones de aislamiento que permiten al tratante mantener control y explotarla. El desarraigo se materializa en el traslado de la víctima al lugar de explotación. Cuando se llega al destino final la víctima es despojada, con mucha frecuen-

cia, de sus documentos de identidad y viaje, así como de otras pertenencias que la relacionen con su identidad y con sus lazos familiares y afectivos.

iii) Fase de explotación. Consiste en la obtención de beneficios financieros, comerciales o de otro tipo a través de la participación forzada de otra persona en actos de prostitución, incluidos actos de pornografía o producción de materiales pornográficos. El Protocolo de Palermo de 15 de diciembre de 2015 se refiere como finalidad de la trata de seres humanos a la explotación de la prostitución ajena, a otras formas de explotación sexual, a los trabajos o servicios forzados, a la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, a la servidumbre o a la extracción de órganos.

De otra parte, en cuanto a la tipificación del delito de trata de seres humanos en el art. 177 bis del Código Penal (redacción de LO 1/2015, de 30 de marzo), comprende las acciones de captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar. Y como medios de ejecución tipifica el referido precepto la violencia, intimidación, engaño, abuso de situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, y la entrega o recepción de pagos o beneficios. Complementándose el cuadro tipificador con los fines de imposición de trabajos o servicios forzados, explotación sexual, realización de actividades delictivas, extracción órganos corporales y celebración de matrimonios forzados.

En cuanto a los bienes jurídicos que tutela la norma penal es indiscutible que se centran en la libertad y la dignidad de las personas. Y hay acuerdo también en la jurisprudencia y en la doctrina en considerar como conceptos estrechamente vinculados a la interpretación del tipo penal el traslado, el desarraigo, la indefensión, la cosificación y la comercialización de las víctimas.

En lo que respecta al delito de inmigración ilegal, tipificado en el art. 318 bis del Código Penal, se afirma en la STS 385/2012, de 10 de mayo, que la doctrina tiene también declarado que debe entenderse por inmigración ilegal la que se produce con infracción de la normativa reguladora del tema, sin que existan razones materiales para negar la punición cuando la entrada se produce con una falsa apariencia de legalidad, pues debe acudirse a un concepto amplio de ilegalidad acorde con la normativa europea sobre la materia (Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002), concepto que no ha de limitarse por tanto al carácter oculto o subrepticio de la entrada ni a la utilización de documentación falsificada. Y es que ha de excluirse el error de partida de identificar la inmigración ilegal con la entrada ilegal en nuestro país.

Y en lo que se refiere al bien jurídico que tutela el art. 318 bis del Código Penal, esta Sala lo ha fijado en el interés social de controlar los flujos migratorios y en la libertad, la seguridad y la dignidad de los inmigrantes trasladados a España (SSTS 569/2006, de 19-5; 153/2007, de 28-2; 770/2007, de 19-9; 801/2007, de 29-9; y 823/2007, de 15-10).

En el preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, se dice que el tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el art. 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos.

Para llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis, denominado «De la trata de seres humanos». Así, el art. 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las

formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada.

En cambio, el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios.

Además de la creación del art. 177 bis, y como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los arts. 313.1 y 318 bis. 2.

Y en el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se expone que «resulta necesario revisar la regulación de los delitos de inmigración ilegal tipificados en el artículo 318 bis. Estos delitos se introdujeron con anterioridad a que fuera tipificada separadamente la trata de seres humanos para su explotación, de manera que ofrecían respuesta penal a las conductas más graves que actualmente sanciona el artículo 177 bis. Sin embargo, tras la tipificación separada del delito de tráfico de seres humanos se mantuvo la misma penalidad extraordinariamente agravada y, en muchos casos, desproporcionada, para todos los supuestos de delitos de inmigración ilegal. Por ello, se hacía necesario revisar la regulación del artículo 318 bis con una doble finalidad: de una parte, para definir con claridad las conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea, es decir, de un modo diferenciado a la trata de seres humanos, como establece la Directiva 2002/90/CE; y, de otra, para ajustar las penas conforme a lo dispuesto en la Decisión Marco 2002/946/JAI, que únicamente prevé para los supuestos básicos la imposición de penas máximas de una duración mínima de un año de prisión, reservando las penas más graves para los supuestos de criminalidad organizada y de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante. De este modo, se delimita con precisión el ámbito de las conductas punibles, y la imposición obligatoria de penas de prisión queda reservada para los supuestos especialmente graves. En todo caso, se excluye la sanción penal en los casos de actuaciones orientadas por motivaciones humanitarias».

Por consiguiente, a partir de las reformas penales de 2010 y 2015 todo apunta de forma clara a que el tipo penal del art. 318 bis protege ahora el bien jurídico consistente en el interés del Estado –y de la Unión Europea– en el control de los flujos migratorios. Se reconoce así que el bien jurídico se centra actualmente en la legalidad de la entrada, ubicándose así su objetivo en la tutela de un bien colectivo o supraindividual y quedando la tutela de los bienes personales individuales de los migrantes encomendada al nuevo tipo penal del art. 177 bis del texto punitivo, lo que explicaría la drástica reducción de pena que se percibe en la última redacción del art. 318 bis del Código Penal.

De todas formas, la nueva restricción del bien jurídico que tutela el art. 318 bis va a suscitar, tal como ha subrayado la doctrina, problemas de delimitación con la mera infracción administrativa contemplada en el art. 54.1.b) de la LO 4/2000, de 11 de enero, al diluirse en gran medida los límites del campo de aplicación de ambas normas, teniendo que acudir a conceptos y criterios nada precisos a la hora de deslindar el ilícito penal y el administrativo con arreglo a la gravedad de la afectación de bienes jurídicos en principio sustancialmente asimilables.

Así pues, tras la tipificación del delito de trata de seres humanos en la LO 5/2010, de 22 de junio como delito autónomo, la diferenciación entre el tráfico ilícito de migrantes (art 318 bis Código Penal) y la trata de personas (art 177 bis Código Penal) ha sido confusa en nuestro derecho positivo, tal como recuerda y precisa la sentencia de este Tribunal 214/2017, de 29 de marzo. La gravedad de las penas establecidas para la inmigración ilegal ha generado errores y en ocasiones se ha sancionado a través del primer tipo conductas que tendrían mejor encaje en la trata. Ambas conductas

entrañan el movimiento de seres humanos, generalmente para obtener algún beneficio. Sin embargo, en el caso de la trata deben darse dos elementos adicionales con respecto a la inmigración ilegal (antes llamado tráfico ilícito, lo que incrementó la confusión): una forma de captación indebida, con violencia, intimidación, engaño, abuso de poder o pago de precio; y un propósito de explotación, principalmente sexual.

En el supuesto de la trata de personas, la fuente principal de ingresos para los delincuentes y el motivo económico impulsor del delito es el producto obtenido con la explotación de las víctimas en la prostitución, trabajos forzados, extracción de órganos u otras formas de abuso; mientras que en el caso de la inmigración ilegal, el precio pagado por el inmigrante irregular, cuando se realiza en el subtipo agravado de ánimo de lucro, es el origen de los ingresos, y no suele mantenerse ninguna relación persistente entre el delincuente y el inmigrante una vez que éste ha llegado a su destino.

La segunda gran diferencia básica entre la inmigración ilegal y la trata radica en que la primera siempre tiene un carácter transnacional, teniendo por objeto a un extranjero ajeno a la Unión Europea, aun cuando no exija necesariamente la cooperación en el traspaso de fronteras, mientras que la trata de seres humanos puede tener carácter transnacional o no, ya que las víctimas pueden ser ciudadanos europeos, o incluso españoles. Generalmente las víctimas de la trata de personas comienzan consintiendo en ser trasladadas ilícitamente de un Estado a otro exclusivamente para realizar un trabajo lícito (inmigración ilegal), para después ser forzadas a soportar situaciones de explotación, convirtiéndose así en víctimas del delito de trata de personas.

Y una tercera diferencia –según la precitada sentencia de este Tribunal 214/2017, de 29 de marzo– se encuentra en la naturaleza del delito de inmigración ilegal como delito necesitado en todo caso de una hetero-integración administrativa. Conforme a lo dispuesto en el art 318 bis, este tipo delictivo, que en realidad tutela la política de inmigración, sin perjuicio de amparar también los derechos de los ciudadanos extranjeros de un modo más colateral, requiere en todo caso la vulneración de la legislación sobre entrada, estancia o tránsito de los extranjeros. Mientras que en el delito de trata de seres humanos esta vulneración no se configura como elemento típico, siendo los elementos relevantes la afectación del consentimiento y la finalidad de explotación.

4. Declara la STS 108/2018, de 6 de marzo, que el artículo 318 bis.1 Código Penal, sanciona a quien directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, desde, en tránsito o con destino a España. Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se protege principalmente el interés del Estado en el control de los flujos migratorios y, en consecuencia, se sanciona con una pena muy inferior las conductas que consisten en ayudar intencionadamente a alguien que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros. Como se decía en la STS 188/2016, de 4 de marzo, «lo que se sanciona es la ayuda intencionada, con y sin ánimo de lucro, a la vulneración por los inmigrantes ajenos a la Unión Europea, de la normativa legal reguladora de su entrada, tránsito y permanencia en territorio español, con la finalidad de respetar la unidad del Derecho Europeo en una materia de interés común, como es el control de los flujos migratorios». No obstante, el precepto sigue estando encuadrado bajo la rúbrica relativa a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, presididos por el derecho a la preservación de su dignidad, lo que impide prescindir de una suficiente consideración a este bien jurídico, por lo que será preciso que las circunstancias que rodean la conducta permitan

apreciar la existencia de alguna clase de riesgo relevante para tales derechos como consecuencia de la conducta típica. En este mismo sentido, se prevé la no punibilidad cuando el objetivo perseguido por el autor fuere únicamente prestar ayuda humanitaria. Y en la misma línea la agravación de la pena cuando se ponga en peligro la vida de las personas que sean sujeto pasivo de la infracción o se hubiere creado el peligro de causación de lesiones graves.

(...) La STS 77/2019, de 12 de febrero de 2019, con respecto a este delito de trata de seres humanos, nos dice que se cometen tantos delitos como víctimas. No es posible considerar un único delito (Acuerdo Plenario del Tribunal Supremo de 31/05/2016) ni un delito continuado. En efecto, esta Sala en la Sentencia 538/2016, de 17 de junio, al analizar cuál debía ser la interpretación del art. 177 bis del Código Penal en punto a la concurrencia de más de una víctima, esto es, si el meritado delito comprende un sujeto pasivo plural, o bien hay tantos delitos cuantas víctimas lo sean del mismo, señaló que «esta cuestión, por su novedad, fue llevada a Pleno no jurisdiccional para la unificación de criterios, que se celebró el día 31 de mayo de 2016, en donde se llegó al siguiente Acuerdo: «El delito de trata de seres humanos definido en el artículo 177 bis del Código Penal, reformado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, obliga a sancionar tantos delitos como víctimas, con arreglo a las normas que regulan el concurso real».

La propia STS 77/2019, de 12 de febrero de 2019, declara que el delito de trata de seres humanos no absorbe delito de inmigración ilegal.

Es doctrina también de esta Sala Casacional (STS 420/2016, de 18 de mayo), al analizar el delito de trata de seres humanos, tipificado en el artículo 177 bis del Código Penal, que «se trata de un delito de intención o propósito de alguna de las finalidades expresadas en su apartado 1.º, lo cual significa que basta aquél para su consumación sin que sea necesario realizar las conductas de explotación descritas que podrán dar lugar en su caso a otros tipos delictivos, lo que expresamente prevé el legislador en la regla concursal que incorpora en el apartado 9.º del artículo 177 bis».

Con la STS 144/2018, de 22 de marzo, podemos decir que la tipicidad de la conducta consistente en colaborar desde el extranjero con el principal acusado que reside en España y planifica y dirige desde el territorio español los delitos que se perpetran con respecto a la víctima nigeriana, compete su enjuiciamiento a la jurisdicción española.

Y desde el plano de la consumación delictiva, la STS 108/2018, de 6 de marzo, nos recuerda que se desprende sin dificultad de la descripción típica, que el delito puede cometerse en varios momentos, desde la captación hasta el alojamiento, pudiendo concurrir cualquiera de los elementos exigidos, es decir, la violencia, la intimidación, el engaño o el abuso de cualquiera de las situaciones mencionadas, en cualquiera de los citados momentos temporales, siempre que conste la finalidad típica.

Igualmente, enfatiza la STS 214/2017, de 29 de marzo, que la mecánica delictiva propia de la trata de seres humanos con destino a la explotación sexual, cosifica a las mujeres víctimas y las humilla y veja con toda clase de maltratos, incluida la violencia, la agresión sexual y, si llega a plantearse, el aborto forzado.

También hemos declarado que en el delito de trata de seres humanos se requiere que el autor conozca la situación precedente de la captación de la víctima, y englobe su conducta en alguno de los verbos típicos de la acción. Y además que el delito no desaparece hasta que no concluya la vulnerabilidad, amenaza o intimidación a la víctima (STS 191/2015, de 9 de abril).

(STS 396/2019, de 24 julio)



## ARTÍCULOS 178 Y 179 CP

*Agresiones sexuales: lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo, más que la reacción de la víctima frente a aquélla*

El recurrente sostiene que no existe fuerza o intimidación, lo que atraería la calificación hacia los abusos sexuales. Pero el Tribunal, tras describir que en la primera fase antes descrita fueron abusos con prevalimiento de superioridad, después pasaron a convertirse en agresiones sexuales con penetración, cometidas con la intimidación descrita, por un lado, y con el inalterado prevalimiento por otro, en ese marco de superioridad sobre ella que, a pesar del transcurso del tiempo, por no variar el resto de las circunstancias comentadas, se mantuvo intacto.

(...) El Tribunal ha descrito con detalle lo que denomina el clima coercitivo que viene a ser determinante de que se consideren los hechos constitutivos de agresión sexual, y no de meros abusos sexuales.

(...) Analizada la doctrina al respecto de la Sala hay que precisar que en este caso, concurre una intimidación que podemos denominar «intimidación ambiental en el hogar en delitos contra la indemnidad sexual de los menores», debido a que el autor de los hechos se ampara en amenazas evidentes contra los menores que giran en varios extremos o giros, tales como: si no haces esto, pegaré o mataré a tu madre o a ti, o a tus hermanos. El agresor sexual se convierte en un amenazador permanente que con su conducta y ascendencia persigue y consigue vencer la inicial, y en muchos casos mínima oposición de los menores a llevar a cabo estos actos.

Pero en estos casos, el vencimiento psicológico de los menores para dejarse hacer esos execrables actos sexuales a los mismos, o *psychological intimidation* del derecho anglosajón, resulta más sencillo que en otros escenarios donde otras víctimas pueden tener alguna vía de escapatoria que resulta muy complicada en la intimidad del hogar, y en los momentos en los que la madre está ausente del hogar, que es donde el autor de estos delitos los comete de forma depravada y convirtiéndose en un acosador psicológico en lo atinente al vencimiento de sus deseos sexuales por la presión ejercida que no requiere que sea física, sino tan solo psicológica al influirles temor a los menores de las consecuencias de su negativa a sus deseos.

Nos encontramos con situaciones de actos sexuales causados, como en este caso, por personas de su entorno intrafamiliar y dentro del hogar, quienes no ejercen una violencia física sobre los menores para llevar a cabo el acto sexual con ellos, sino una intimidación psicológica para vencer su evidente resistencia a hacer lo que les piden los autores, o dejar que ellos hagan lo que pretenden con ánimo libidinoso. Es lo que en el derecho anglosajón, que ha tratado con frecuencia este problema de la delincuencia sexual en el hogar, se denomina *Sexual violence by intimate partners usually accompanied by physical and emotional violence* y que aquí también se evidencia como la violencia emocional que constituye la intimidación.

De esta manera, la *emotional violence* anglosajona, o «violencia emocional», es la intimidación que puede ejercerse sobre el sujeto pasivo del delito que puede llevarse a cabo de muchas maneras para vencer cualquier atisbo de resistencia del sujeto pasivo, lo que lleva a no precisar una expresa negativa del sujeto, sino que precisa que sea «evidente» ante cualquier persona esa violencia emocional que se ejerce y que ello tenga virtualidad y capacidad de trasladarse al sujeto pasivo que recibe esa «violencia emocional» de una forma evidente y claramente expresada, como aquí ha ocu-

rrido además de con la amenaza que se ha constatado y recogido en los hechos probados.

Se produce, lo que los anglosajones que han realizado estudios sobre esta violencia sexual en el hogar contra menores por su propio entorno denominan en el derecho anglosajón como *sexual coercion unwanted is sexual activity that happens when you are pressured, tricked, threatened, or forced in a non physical way*; es decir, la coerción sexual como actividad sexual no deseada que ocurre cuando se los presiona, engaña, amenaza o fuerza de una manera no física.

Estas formas de actuar son lo que se concibe como «intimidación», y es lo que determina que el hecho sea calificado de agresión sexual, y no de abuso sexual como pretende el recurrente, por lo que estas modalidades de ejercicio de una «fuerza no física», sino mental, deben ubicarse en el entorno de la agresión sexual por la presión psicológica que se ejerce sobre el sujeto pasivo del delito, y más cuando se trata de menores de edad.

No puede, así, admitirse la alternatividad que propone el recurrente de una continuidad delictiva de abuso sexual, suprimiendo la concurrencia de la intimidación, porque los actos intimidatorios quedan perfectamente reflejados en los hechos probados mediante las expresiones amenazantes del condenado a la menor y que producen a las mismas alto grado de credibilidad y convicción de la realidad de las amenazas proferidas y probadas, pese a ser cuestionado, dado que el miedo puede llegar a exponerse que es subjetivo, pero la coerción psicológica que se produce en un sujeto pasivo de una agresión sexual puede objetivarse en base a:

1. Desarrollo de los acontecimientos en su forma de ejecución.
2. Lugar en el que se producen, lo que en el seno del hogar, esa amenaza afectante personalmente y a su entorno familiar le produce un alto grado de credibilidad, teniendo en cuenta la menor edad de las víctimas de este delito.

En este sentido, los actos realizados en un lugar de donde es difícil la huida en un contexto de intimidación psicológica, coadyuvan a la situación de «vencimiento» de la víctima si en el contexto del acto de compeler a la voluntad de ésta no ve que pueda evitar el ataque sexual, lo que en el caso de menores en el hogar y bajo la existencia de amenazas encierra el contenido intimidatorio por el que el recurrente ha cometido los hechos.

3. La intimidación empleada en los delitos de agresión sexual a un menor de edad no ha de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal. En este caso, la amenaza proferida y que llega a la convicción del Tribunal es suficiente para el contexto general de intimidación que se llevó a cabo y en una progresión delictiva continuada en el caso de la menor.

4. La intimidación en los delitos sexuales a menores conlleva que exista una situación intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. Pero nótese que ello es especialmente particular en el caso de los menores de edad en el seno de una actitud intimidante desde el punto de vista psicológico.

No se trata solo de que el autor del delito le obligue a realizar una conducta, porque el concepto de «obligación» no es por sí solo intimidante, ya que se requiere algo más, y en este caso va acompañado de una amenaza que la menor ve como seria, que es cuando provoca la intimidación, porque el carácter intimidante no debe ser visto ad

extra, sino *ad intra*, es decir, desde el grado de intimidación que la conducta del autor del delito provoca en el sujeto pasivo del delito, y entenderse, también, como suficiente para conseguir y provocar un miedo o temor a la víctima de que algo malo pueda ocurrirles ante la negativa.

5. Debe tenerse en cuenta que junto a la propia amenaza concurre en estos casos la objetividad que proporciona la diferencia de edad entre autor del delito y víctimas, lo que les sitúa en una posición que, sin embargo, exige de actos intimidantes objetivos que se realicen por medio de la amenaza creíble para las víctimas, ya que por sí solo esa diferencia de edad no provoca la intimidación, pero que coadyuva a ello en el contexto de la propia amenaza.

6. En la «intimidación», *vis compulsiva* o *vis psíquica*, se compele a ceder a los lascivos propósitos del agente mediante la coacción psicológica ejercida sobre la víctima, y que suponga el anuncio de un mal inminente y grave, personal y posible, racional y fundado, que despierte o inspire en la ofendida un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario.

7. La intimidación ha existido en este caso al margen de la menor edad de la menor, ya que se ha constatado una exteriorización de las amenazas a la misma de llevar a cabo un mal que es perfectamente creíble y para causar daño psicológico sobre un mal inminente de contar lo sucedido y/o alterarlo en perjuicio de la menor, incluso haciéndola a ella responsable de lo ocurrido, cuando es la víctima, lo que ha integrado el convencimiento del Tribunal respecto a la amenaza proferida y creíble y que ha influido en la credibilidad de la víctima, con independencia de la edad, y dentro de la capacidad de conseguir el vencimiento psicológico del sujeto pasivo.

8. Los hechos probados denotan y revelan una clara situación de intimidación relatando los actos de amenazas en los actos llevados a cabo. Pero, es más, el clima vivido era amenazante y que llega al convencimiento de la víctima de la posible, cierta y real ejecución de la amenaza en el caso de negativa, lo que objetiva la intimidación y no la hace meramente subjetiva por el sujeto pasivo. Es esta objetivación de la intimidación lo que se desprende de los hechos probados.

Además, existe idoneidad en la amenaza para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, y que en este caso la «idoneidad» de la amenaza es notoria y constatada, así como creíble, como se ha esforzado el Tribunal en reflejar en su sentencia, por lo que la tipificación como agresión sexual es la correcta. Existe intimidación concurrente en la ejecución de los delitos.

(STS 332/2019, de 27 junio)

## ARTÍCULO 179 CP

*Agresión sexual: delito continuado; inaplicable la continuidad delictiva cuando los sujetos activos se van turnando en la penetración sexual de una misma víctima, existiendo tantos delitos como penetraciones realizadas.*

La naturaleza jurídica de la agravación específica consistente en «cometer el hecho por la actuación conjunta de dos o más personas», ha sido evaluada por la doctrina del Tribunal Supremo, explicando, como recoge la STS de 24 de noviembre de 2009, que la circunstancia encuentra su razón de ser «no tanto en el acuerdo previo,

sino fundamentalmente en la colaboración eficaz para el objetivo antijurídico querido que se patentiza en un incremento del desvalor de la acción y del resultado, pues de un lado la presencia de los copartícipes supone una acusada superioridad y una mayor impunidad o al menos aseguramiento del designio criminal para los autores, y una correlativa intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de toda capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación».

La jurisprudencia consolidada de esta Sala, de la que la sentencia indicada es expresión, refleja así que lo relevante para la aplicación de la agravación específica que contemplamos no es el acuerdo previo, que puede no ser concurrente, sino la existencia constante la comisión de los hechos de una comunidad de decisión o una confluencia de voluntades de que todos los que están presentes van a contribuir de manera eficaz al acontecimiento causal descrito en el tipo penal. Es esta comunión la que incrementa el desvalor de la acción, pues introduce una acusada superioridad que asegura el designio criminal, al intensificar la intimidación y disminuir la capacidad de respuesta de la víctima; además de observarse un mayor desvalor del resultado ante la pluralidad de personas que presencian la conducta sexual, atentando de manera objetiva contra el pudor de la víctima, como valor moral y espiritual reconocido en el art. 10.1 CE.

2. Son delitos de propia mano aquellos en los que las propias características del acontecimiento externo que se describe en el tipo penal, limitan el círculo de individuos que están en situación de ejecutar materialmente la acción prohibida. El resto de los individuos que puedan intervenir en la ejecución de los hechos (extraños), podrán ser partícipes de este como cooperadores necesarios o cómplices, pero no podrán ser ni coautores, ni autores mediatos. Un ejemplo característico de delito de propia mano es el delito de falso testimonio, en el que solo quien actúa ante el órgano jurisdiccional en virtud de un llamamiento de colaboración con la justicia puede realizar la acción descrita en los correspondientes tipos penales. Delitos de propia mano que se diferencian de los delitos especiales en que, en estos, es la Ley la que delimita el círculo de posibles autores exigiéndoles que estén en posesión de determinadas cualidades personales, como la de ser funcionario o autoridad.

(...) Son numerosas las sentencias de esta Sala que, sin especial análisis de la diferenciación entre ambos conceptos, proclamaban que esta participación auxiliar determinaba una responsabilidad como autor por cooperación necesaria, aun cuando alguna sentencia más específica (al evaluar la comisión de estos delitos en grado de tentativa) negó expresamente que el tipo penal tuviera la condición de delito de propia mano y consideró que el reproche era alcanzable en plenitud a los coautores y a los autores mediatos. Según la STS de 5 de marzo de 1985: «no se deriva en modo alguno que se deba excluir la coautoría dado que la estructura del tipo permite que la violencia sea ejercida por quien no realiza personalmente el acceso carnal, ni tampoco la imposibilidad de la autoría mediata, puesto que la lesión del bien jurídico se puede lograr aunque el acceso carnal no se realice personalmente, por medio de otro que obre sobre la base de un error o ignorancia»; añadiendo, por otro lado, que no se percibía razón alguna para hacer depender el merecimiento de pena de una realización del acceso carnal con el propio cuerpo, toda vez que lo que se castiga no es la satisfacción sexual del agente, sino la lesión del bien jurídico de la autodeterminación sexual, que resulta vulnerado, desde la perspectiva de la víctima, tanto cuando la acción se realiza con el propio cuerpo, como cuando se lo realiza a través de otro que opera como mero instrumento.

La entrada en vigor del actual Código Penal favorece la consideración de aquellos sectores doctrinales que destacan que el actual artículo 178 sanciona: «El que

atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación», estableciéndose un subtipo agravado en el artículo 179». Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías». La descripción del hecho típico, por exigir solo la transgresión de la libertad sexual de la víctima mediante violencia o intimidación, sería susceptible de comisión por cualquier persona (art. 178), lo que tampoco se modifica en los supuestos en los que el ataque consista en el acceso carnal, o en la introducción de miembros corporales u otros objetos (art. 179), al no describirse ninguno de estos hechos como algo necesariamente propio.

De este modo, se excluye claramente la consideración del delito de agresión sexual como de propia mano, de manera que serían autores –coautores materiales– todos aquellos que, actuando concertadamente en la ejecución del hecho e interviniendo directamente en su ejecución más inmediata, ostentan el dominio funcional de su desarrollo y realizan aportaciones esenciales para su consumación.

3. La sentencia de instancia ha condenado a los recurrentes como autores de un delito continuado de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del Código Penal, y si bien la calificación no es objeto de impugnación, razón por la que debe ser mantenida por este Tribunal, sí presenta interés para la resolución final de la cuestión que plantea el presente motivo.

La jurisprudencia de esta Sala ha proclamado que para que pueda apreciarse el delito continuado es preciso que concurren una serie de requisitos. Desde la consideración de la conducta objetiva, se exige la concurrencia de: a) Una pluralidad de hechos diferenciados y no sometidos a enjuiciamiento separado por los Tribunales; b) La realización de las diversas acciones en unas coordenadas espacio-temporales próximas, indicadoras de su falta de autonomía; c) La unidad del precepto penal violado, de suerte que el bien jurídico atacado sea el mismo en todas ellas; d) La unidad de sujeto activo y e) La homogeneidad en el *modus operandi* por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuación afines (SSTS de 1 marzo y 6 noviembre de 1995; de 2 octubre 1998; 1103/2001, de 11 de junio; 749/2002, de 21 de octubre o 1216/2006, de 11 de diciembre). Desde la consideración de su elemento subjetivo, el delito continuado precisa de la concurrencia de un dolo unitario que transparente una unidad de resolución y propósito. Es este dolo unitario el que da unión a la pluralidad de acciones comisivas y permite que pierdan su sustancialidad, posibilitando con ello que cada comportamiento aparezca como la ejecución parcial de un designio final único (SSTS 2018/01, de 3 de abril de 2002; 657/2012, de 19 de julio o 890/2013, 4 de diciembre).

No obstante ello, en atención a la naturaleza del hecho y de conformidad por lo contemplado por el legislador en el artículo 74.3 del Código Penal, la jurisprudencia ha sustentado una aplicación restrictiva del delito continuado respecto de delitos contra la libertad e indemnidad sexual cuando los hechos sean claramente discernibles. En lo que aquí nos ocupa, respecto de la reiteración de los hechos típicos, la jurisprudencia ha rechazado la continuidad delictiva en aquellos casos en que el sujeto activo hubiera empleado violencia o intimidación para vencer la resistencia de la víctima en cada ocasión en que haya atacado a su libertad sexual, de modo que sea posible una mínima individualización de cada una de las conductas constitutivas de agresión sexual (SSTS 127/98, de 2 de febrero; 140/2004, de 9 de febrero). Además, en lo que hace referencia a supuestos en los que sean varios los acusados y cada uno de ellos haya consumado una penetración y, con intercambio de roles, haya participado en actos de violencia o intimidación tendentes a lograr que el resto de acusados pudieran consumir sendas penetraciones que por sí mismas integren un delito de violación, la

Sala ha proclamado que no pueden considerarse integrantes de un delito continuado, tanto porque su naturaleza permite apreciar la individualidad de cada una de las agresiones, como porque se trata de acciones ejecutadas por distintos sujetos activos. La jurisprudencia sostiene la imposibilidad de construir la continuidad delictiva cuando los sujetos activos se van turnando en la penetración sexual de una misma víctima en los términos contemplados en el artículo 179 del Código Penal.

Así lo expresa la STS 998/2007, de 28 de noviembre, que precisaba: «Los ataques violentos a la libertad e indemnidad sexuales presentan características que los hacen ordinariamente identificables e individualizables respecto de otros similares, aun cuando se hayan cometido contra la misma persona. La intensidad de cada agresión como acción que lesiona un bien jurídico eminentemente personal y de gran valía para el ser humano, se refleja en la gravedad de las penas previstas por el Código Penal. Congruentemente, la jurisprudencia ha entendido en la mayoría de los casos y salvo supuestos muy excepcionales, que cuando se trata de agresiones sexuales, y muy especialmente cuando se trata del delito de violación, no es posible apreciar la continuidad delictiva».

Aclara además la indicada sentencia que, «con mayor razón se exceptúan los casos en los que son distintos los sujetos activos, pues el delito continuado se concibe como un supuesto de concurso real basado en la reiteración de la conducta por parte del mismo sujeto, y no en la agrupación de acciones u omisiones ejecutadas por distintos sujetos activos. En el caso, cada uno de los otros dos recurrentes ejecuta actos que por sí mismos integran un delito de violación. Como tales, no pueden considerarse integrantes de un delito continuado, no solo por su naturaleza que permite apreciar su individualidad, según antes se expuso, sino también porque se trata de acciones ejecutadas por distintos sujetos activos».

4. Conforme a lo expuesto, si por un lado se considera autor material de un delito de violación a cada uno de los partícipes que ostenta el dominio funcional del hecho, siempre que durante la ejecución realice aportaciones esenciales para la consumación, incluyendo en ellas la violencia o intimidación desplegadas para imponer a la víctima la actividad sexual que rechaza (art. 28 párrafo 1 CP); y si, por otro lado, las penetraciones alcanzadas por distintos sujetos activos son integrantes de sendos delitos independientes de agresión sexual; puede concluirse que en los supuestos de agresiones sexuales múltiples en los que cada uno de los coautores consuma una penetración y, con intercambio de roles coopera a que sus acompañantes consumen una actuación semejante, el partícipe no solo es autor de aquella, sino coautor material de cada una de estas otras. De este modo, no existe ningún inconveniente para la apreciación de la agravante específica del artículo 180.1.2.<sup>a</sup> del Código Penal respecto de toda una serie de delitos en los que se constituye como su autor en un sentido estricto.

5. La jurisprudencia de esta Sala –ordinariamente– ha seguido la tradicional consideración de entender cooperador necesario a quienes participan en los actos de violencia o intimidación dirigidos a quebrar la libertad sexual de una persona, cuando no han sido los ejecutores materiales de la penetración contemplada en el artículo 179 del Código Penal y su intervención buscaba facilitar la consumación por alguno de los acompañantes.

Las SSTS 638/2005 de 2 de junio; 938/2005 de 12 de julio; 1291/2005, de 8 de noviembre o 1142/2009, de 24 de noviembre, entre muchas otras, proclaman que en casos de coparticipación de intervinientes que actúan en el doble concepto de autor material de sus propios actos y partícipe por cooperación en los actos de los otros, la aplicación del subtipo agravado de actuación en grupo incidiría directamente en la calificación del hecho. Contempla que en tales casos se aprecia la comisión de dos

delitos de agresión sexual, uno como autor natural y otro como autor por cooperación, por lo que la cualificación por el subtipo agravado de actuación conjunta de dos o más personas (180.1.2.ª CP), vulneraría el principio *non bis in idem* respecto del delito derivado de su autoría por cooperación, dado que la cooperación necesaria supone una participación en el hecho de otro e incorpora necesariamente la actuación de las dos personas que la cualificación contempla. La indicada jurisprudencia entiende que, en los casos en los que existe una cooperación necesaria a agresiones sexuales en grupo, cada persona debe responder de su propia agresión sexual cualificada, así como de la de aquel con el que hubiese cooperado, si bien esta sin la concurrencia del subtipo previsto en el n.º 2 del art. 180 por la incompatibilidad expuesta.

La doctrina se ha visto muy matizada por otras resoluciones de esta Sala. Así la STS de 23 de mayo de 2008, frente a quienes, condenados por varias violaciones en tentativa, rechazaban su condición de coautores de aquellas en las que el acceso fue ajeno, se manifestó que: «no cabe duda de que la mujer estuvo prácticamente en poder de los tres partícipes y de que realizaron actos típicos de agresiones sexuales sobre ella, sin perjuicio de otros actos, aprovechando la situación de superioridad que el número les permitía. Por lo tanto, todos son autores de las acciones de agresiones sexuales a las que los demás cooperaron. De esta manera se comprueba que el hecho probado, en la medida en la que describe los comportamientos de los partícipes es claro. La subsunción de los hechos a los efectos de la participación criminal es correcta, aunque la sentencia no sea todo lo clara que es deseable en cuanto a su argumentación jurídica. La jurisprudencia viene insistiendo en numerosos precedentes en que el delito de agresiones sexuales con acceso carnal no es un delito de propia mano y que admite, por lo tanto, tanto la coautoría como la autoría mediata».

En el mismo sentido, la STS 975/2005, de 13 de julio, reflejó que teniendo la consideración de autor cada uno de los partícipes en una agresión sexual múltiple y con rotación de roles por ostentar el dominio funcional del hecho cada uno de los agresores, «nada impide la aplicación de la figura agravada a todos ellos por todos los hechos cometidos, pues en todos ellos se aprovecharon recíprocamente de las facilidades que supone la actuación conjunta, lo que a su vez denota una mayor antijuricidad del hecho, justificando la exacerbación de la pena». Añadiendo incluso una equiparación penológica entre el autor material y el cooperador necesario, al indicar que «Lo mismo ocurre cuando el autor se apoya para la ejecución en un cooperador que está presente en la escena de los hechos, pues entonces subsisten las razones de la agravación», por lo que reservaba la consideración del quebranto al *bis in idem* a aquellos supuestos en los que la cooperación necesaria reside en una participación diferente al despliegue conjunto de la violencia o la intimidación.

En este mismo sentido se expresó la STS 452/2012, de 18 de junio, en la que destacaba que el acceso carnal que llevó a cabo el acusado fue realizado en acción coordinada con otras dos personas que cooperaron directa y eficazmente agarrando y sujetando a la víctima e intimidándola con su actuación para que el acusado lograra su propósito de que aquella le practicara una felación, como sucedió. En ese contexto, la sentencia proclama que «cada uno de los dos menores que realizaron los actos de violencia física sobre la joven (no enjuiciados en este procedimiento), inmovilizándola e impidiendo oponerse al acceso carnal, también hubieran debido ser considerados autores –no cooperadores necesarios– del hecho. En cualquier caso, y sobre la concreta reclamación casacional, aunque fueran tenidos por cooperadores, el resultado sería el mismo porque como ha sido constantemente reiterado por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, de entre las más recientes, la STS de 20 de marzo de 2012, cuando varias personas intervienen al mismo tiempo en la ejecución de un hecho, es claro que puede apreciarse una actuación conjunta, con independencia de

que su participación sea a título de autor en sentido estricto, de cooperador necesario o de cómplice».

También la sentencia 99/2007, de 16 de febrero, expresa esa idea al recoger: «la Audiencia atribuye a cada acusado no la cooperación necesaria en la conducta delictiva del otro sino la autoría conjunta de ambos en las dos agresiones, al compartir el ejercicio de la intimidación necesaria para la consumación de los ataques a la libertad sexual de la víctima.... Y como ese planteamiento de la autoría conjunta, en el caso que nos ocupa, atendiendo al relato de hechos y a la mecánica comisiva en ellos descrita, ha de considerarse como correcta, la conclusión acerca de que nos hallamos frente a un delito continuado de agresión sexual agravado por la pluralidad de sujetos que, como autores ambos, lo cometieron, no puede ser considerada como un supuesto de «bis in idem», o indebida doble incriminación por un solo hecho, debiendo, en consecuencia, desestimar el motivo». El posicionamiento es asumido por la STS 849/2009, de 27 de julio.

6. Los diferentes matices de ambas posturas no dificultan la resolución del recurso. La sentencia de instancia proclama el sometimiento de la víctima mediante una intimidación coactiva desplegada y mantenida por los tres acusados durante el tiempo que fueron rotando para la consumación de sendas penetraciones. Pese a que cada uno de ellos llevó a término la agresión de manera aislada, describe que todo operó bajo una única actuación intimidatoria, pues la agresión se inició por los tres acusados y mostraron a Salome que tenía que satisfacer sexualmente a todos si quería salir de la casa. Se describe incluso que mientras cada uno consumó la penetración en el baño, los otros dos resguardaban la intimidación custodiando desde el dormitorio que la agredida no pudiera salir y abandonar la casa. Se muestra así una coautoría material en los tres hechos típicos que excluye que la aplicación de la agravación específica del artículo 180.1.2.<sup>a</sup> a todos ellos pueda entenderse infractora del bis in idem que el recurrente arguye.

(STS 462/2019, de 14 octubre)

## ARTÍCULO 180 CP

*Caso La Manada. Violación. Intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio. Actuación conjunta de varias personas: atentar contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación.*

Para poder determinar la diferencia entre la intimidación a la que se refiere el art. 178 del CP, y la ausencia de consentimiento –que lo deduce la ley penal cuando el consentimiento esté viciado, y en consecuencia, sea éste inválido o inexistente–, que constituye la figura penal prevista en el art. 181 del CP, es preciso llevar a cabo un resumen acerca de cuál ha sido la doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo en torno al concepto de intimidación del art. 178 CP.

En efecto, la Sentencia de 22 Mayo de 1996, Rec. 2487/1995, señalaba que «En la «intimidación», vis compulsiva o vis psíquica, se compele a ceder a los lascivos propósitos del agente mediante la coacción psicológica ejercida sobre la víctima, y que suponga el anuncio de un mal inminente y grave, personal y posible, racional y fundado, que despierte o inspire en la ofendida un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la contingencia de un daño real o imaginario, una inquietud anímica apremiante por aprensión racional o recelo más o menos justificado (Cfr. SS 10 May.



1988, 28 Abr. 1989 y 6 Abr. 1992, entre otras). La gravedad de la infracción se ha de valorar siempre en función de los factores concurrentes en cada caso, personales y circunstanciales, pero lo que deviene insoslayable es que pueda colegirse de los actos, gestos, actitudes y palabras que el agente se haya decidido a la provocación de inmediato de un mal o daño de suficiente entidad, caso de no accederse a sus lascivas proposiciones».

Por otro lado, la Sentencia n.º 1291/2005, de 8 Nov. 2005, Rec. 263/2005, hace expresa referencia a la llamada «intimidación ambiental», en donde se recoge que: «Debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples y porque la presencia de otra u otras personas que actúan en convivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal, integrante de la figura de cooperación necesaria del apartado b) art. 28 CP. En estos casos cada uno es autor del n.º 1 del art. 28 por el acto carnal que el mismo ha realizado y cooperador necesario del apartado b) del mismo artículo, respecto de los demás que con su presencia ha favorecido (SSTS. 7. 3. 97 y 481/2004 de 7.4).

Así se expresa la STS. 1169/2004, de 18.10, cuando dos sujetos activos, con fuerza o intimidación, cometen cada uno un delito de agresión sexual de forma activa, el otro es –ordinariamente– coautor en concepto de cooperador necesario, bien en los actos de fuerza, bien mediante la correspondiente intimidación, siendo autores, cada uno por un título diferente de dos delitos de agresión sexual.

Por lo tanto, será cooperador necesario, no solo el que contribuye o coadyuva al acceso carnal ajeno, aportando su esfuerzo físico para doblegar la voluntad opuesta de la víctima, sino también aquel o aquellos que respondiendo a un plan conjunto ejecutan con otros una acción en cuyo desarrollo se realiza una violación o violaciones, aunque no se sujetase a la víctima porque la presencia de varios individuos concertados para llevar a cabo el ataque contra la libertad sexual conlleva en sí mismo un fuerte componente intimidatorio mucho más frente a una única joven y en lugar solitario.

En definitiva, este concepto de cooperación necesaria se extiende también a los supuestos en que, aun existiendo un plan preordenado, se produce la violación en presencia de otros individuos sin previo acuerdo, pero con conciencia de la acción que realiza. En estos casos el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental.

En el caso del acusado no solo obró de común acuerdo con los dos menores, sino que su conducta no fue la de mera presencia. Él contribuyó con su asistencia a la realización de la violencia en los términos señalados en el relato fáctico, de tal modo que cuando los dos menores procedieron inmediatamente después a realizar sus sucesivos accesos carnales con la víctima, esta, ante el efecto combinado de todos, había renunciado ya a toda resistencia, con lo que se ha de apreciar el carácter de cooperación necesaria de la actividad de fuerza física realizada por cada uno de los agentes para contribuir, a todos los actos de acceso carnal con la mujer realizados (SSTS. 169/96, de 26.2, 19/2999, de 17.1)».

También hace expresa referencia a la citada intimidación ambiental, a la que alude el Ministerio Fiscal, la sentencia de esta Sala n.º 136/2006, de 8 Feb. 2007, Rec. 1108/2006, al declarar que «La intimidación no solamente resulta de lo declarado por las menores en el juicio oral, acerca de que se habían sentido intimidadas (dice la Sala de instancia, en palabras de una de ellas: «el miedo que sintió al advertir la presencia

de un grupo de chicos mayores que ella y su amiga», junto a la frase citada, quedando «paralizada por el miedo»), sino de la objetividad que proporciona la diferencia de edad: 18 años frente a 13, que en esa franja es de una gran importancia. Del propio modo, de la situación de temor ambiental que crearon en todo el local, de modo que dominaban la situación, a modo, como lo habría hecho, una banda violenta.

Tal como recordaba la STS núm. 1259/2004, de 2 de noviembre, «hemos dicho en la STS núm. 73/2004, de 26 de enero, que «el artículo 178 del Código Penal define la agresión sexual como el atentado contra la libertad de una persona con violencia o intimidación. Por violencia se ha entendido el empleo de fuerza física, y así, como recuerda la STS núm. 1546/2002, de 23 de septiembre, se ha dicho que equivale a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima (SSTS de 18 de octubre de 1993, 28 de abril, 21 de mayo de 1998, y 1145/1998, de 7 de octubre). Mientras que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado (STS núm. 1583/2002, de 3 octubre). En ambos casos han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción. Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación de fuerza física o intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. No es necesario que sea irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso. Y por otro lado, tal situación debe estar orientada por el acusado a la consecución de su finalidad ilícita, conociendo y aprovechando la debilitación de la negativa de la víctima ante la fuerza o intimidación empleadas».

La citada intimidación ambiental que configura el delito de agresión sexual, y la diferencia con el consentimiento viciado que caracteriza el delito de abuso sexual, también lo analiza la sentencia de esta Sala 1169/2004, de 18 de octubre, en los siguientes términos: «El elemento diferenciador entre la intimidación y el consentimiento meramente viciado correspondiente a una situación de abuso sexual, es el siguiente: el tipo más leve del abuso sexual del artículo 181 del Código Penal, exige la ausencia de violencia o intimidación y fija su atención en los supuestos de falta de consentimiento de la víctima, lo que generalmente nos lleva a incluir en esta modalidad delictiva, aquellas situaciones en que de manera súbita se aprovecha el autor para realizar unos abusos sexuales en los que no se produce la aceptación por la otra parte o ésta no se encuentra en situación de prestar el consentimiento. En cambio, los supuestos del artículo 178 del Código Penal, se refieren a aquellos comportamientos de agresión sexual, que tienen un componente agresivo a través de la utilización de violencia o intimidación. Ambos conceptos son, en algunos casos, compatibles en cuanto que la violencia produce un efecto intimidativo o paralizante, que hace innecesaria la reiteración de la fuerza física para conseguir los propósitos pretendidos.

Es conveniente, para sentar mejor las bases de la concurrencia de violencia o intimidación, que la sentencia contenga una descripción suficiente de los factores concurrentes en el momento de consumarse el hecho delictivo. Es importante hacer una referencia a la edad y constitución física del agresor y la víctima, las circunstan-

cias del lugar y tiempo y los demás elementos que deban ser valorados por el órgano juzgador. También tiene relevancia la descripción del contexto o ambiente en que se produce la agresión (véase, en este sentido, la STS 226/2003, de 19 de febrero).

En definitiva, cuando no existe consentimiento o éste se muestra conseguido mediante un acto de fuerza física o moral (compulsiva, de carácter intimidante), estamos en presencia de un delito de agresión sexual. Sin embargo, cuando la relación es consentida, pero tal consentimiento está viciado por una causa externa que opera a modo de coacción psicológica (relación de superioridad determinada por las causas legales), concurriendo, sin embargo, tal consentimiento, el delito ha de calificarse de abuso sexual, fuera de otros supuestos típicos».

En cuanto al grado o a la gravedad de la acción intimidatoria, se pronuncia la Sentencia 609/2013, de 10 Jul., Rec. 1917/2012, en el siguiente sentido: «Para apreciar la intimidación este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente.

Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima.

Como ha establecido la jurisprudencia consolidada de esta Sala, la intimidación empleada en el delito de violación no ha de ser de tal grado que presente caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta.

También ha señalado la doctrina de esta Sala, (sentencias 381/97, de 25 de marzo, 190/1998, de 16 de febrero y 774/2004, de 9 de febrero entre otras), que la intimidación, a los efectos de la integración del tipo de agresión sexual, debe ser seria, previa, inmediata, grave y determinante del consentimiento forzado».

En los mismos términos se pronuncia la Sentencia 480/2016, de 2 Jun., Rec. 10975/2015, «La jurisprudencia consolidada de esta Sala ha establecido que la violencia o intimidación empleadas en los delitos de agresión sexual no han de ser de tal grado que presenten caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que basta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si éste ejerce una intimidación clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta (STS 609/2013, de 10 de julio de 2013)».

Por otro lado, este Tribunal ha distinguido la intimidación del prevalimiento como forma de obtener el consentimiento que integra el delito de abuso sexual, en numerosas sentencias, entre las que podemos citar la sentencia 1291/2005, de 8 Nov., Rec. 263/2005, en donde se recoge que: «Debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples y porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal, integrante de la figura de cooperación necesaria del apartado b) art. 28 CP. En estos casos cada uno es autor del n.º 1 del art. 28 por el acto carnal que el mismo ha realizado y cooperador necesario del apartado b) del mismo artículo, respecto de los demás que con su presencia ha favorecido (SSTS. de 7.3.97 y 481/2004, de 7.4).

Así se expresa la STS. 1169/2004, de 18.10, cuando dos sujetos activos, con fuerza o intimidación, comete cada uno un delito de agresión sexual de forma activa, el otro es —ordinariamente— coautor en concepto de cooperador necesario, bien en los actos de fuerza, bien mediante la correspondiente intimidación, siendo autores, cada uno por un título diferente de dos delitos de agresión sexual.

Por lo tanto, será cooperador necesario, no solo el que contribuye o coadyuva al acceso carnal ajeno, aportando su esfuerzo físico para doblegar la voluntad opuesta de la víctima, sino también aquel o aquellos que respondiendo a un plan conjunto ejecutan con otros una acción en cuyo desarrollo se realiza una violación o violaciones, aunque no se sujetase a la víctima porque la presencia de varios individuos concertados para llevar a cabo el ataque contra la libertad sexual conlleva en sí mismo un fuerte componente intimidatorio mucho más frente a una única joven y en lugar solitario.

En definitiva, este concepto de cooperación necesaria se extiende también a los supuestos en que, aun existiendo un plan preordenado, se produce la violación en presencia de otros individuos sin previo acuerdo, pero con conciencia de la acción que realiza. En estos casos el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consume materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental.

En el caso del acusado no solo obró de común acuerdo con los dos menores, sino que su conducta no fue la de mera presencia. Él contribuyó con su asistencia a la realización de la violencia en los términos señalados en el relato fáctico, de tal modo que cuando los dos menores procedieron inmediatamente después a realizar sus sucesivos accesos carnales con la víctima, esta, ante el efecto combinado de todos, había renunciado ya a toda resistencia, con lo que se ha de apreciar el carácter de cooperación necesaria de la actividad de fuerza física realizada por cada uno de los agentes para contribuir, a todos los actos de acceso carnal con la mujer realizados (SSTS. 169/96, de 26.2, 19/2999, de 17.1)».

También la sentencia 305/2013, de 12 Abr., Rec. 1532/2012, concreta que: «Se distingue de la intimidación que caracteriza al delito de agresión sexual, en que en éste el sujeto pasivo no puede decidir, pues la intimidación es una forma de coerción ejercida sobre la voluntad de la víctima, anulando o disminuyendo de forma radical, su capacidad de decisión para actuar en defensa del bien jurídico atacado, constituido por la libertad o indemnidad sexuales en los delitos de agresión sexual, de manera que la intimidación es de naturaleza psíquica y requiere el empleo de cualquier fuerza de coacción, amenaza o amedrentamiento con un mal racional y fundado. En el prevalimiento, la situación que coarta la libertad de decisión es una especie de intimidación

pero de grado inferior, que no impide absolutamente tal libertad, pero que la disminuye considerablemente, o en otras palabras, que la situación de superioridad manifiesta a la que se refiere el art. 181.3 del Código Penal, es aquella que suministra el sujeto activo del delito, como consecuencia de una posición privilegiada, y que produce una especie de abuso de superioridad sobre la víctima, que presiona al sujeto pasivo, impidiéndole tomar una decisión libre en materia sexual».

En idénticos términos, sobre el carácter menor de la intimidación que configura el prevalimiento, se ha pronunciado la sentencia 542/2013, de 20 de mayo.

Más recientemente este Tribunal se ha pronunciado al respecto, entre otras muchas, en la sentencia 188/2019, de 9 de abril, afirmando que «El actual C. Penal define el prevalimiento en el art. 181.3 con una nota positiva como aquella situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima, con lo que se está expresando la doble exigencia de que prácticamente exista una situación de superioridad y que esta sea evidente y por tanto eficaz porque debe coartar efectivamente la libertad de la víctima, y como nota negativa, que lo separa de la intimidación no tiene que haber un comportamiento coactivo que anule el consentimiento (ni mucho menos violento). En tal sentido, SSTS 170/2000, de 14 de febrero o STS de 10 de octubre de 2003. En definitiva, el prevalimiento en relación a este tipo de delitos existe siempre que exista ese abuso de superioridad del agente que de hecho limita la capacidad de decisión del sujeto pasivo que consiente viciadamente y acepta una relación sexual que no quiere.

Es patente la situación fronteriza con la intimidación sobre todo en el análisis de las concretas situaciones que puedan darse. El enjuiciamiento es siempre una actividad individualizada.

En el caso de intimidación no existe consentimiento de la víctima hay una ausencia de consentimiento, ésta se encuentra doblegada por la intimidación por el miedo que le provoca la actitud del agente.

En caso de prevalimiento, existe la voluntad de la víctima que acepta y se presta acceder a las pretensiones del agente, pero lo hace con un consentimiento viciado no fruto de su libre voluntad autodeterminada».

También una definición similar del prevalimiento lo encontramos en la STS 166/2019, de 18 de marzo, al afirmar que «El prevalimiento tiene como fundamento agravatorio el abuso de superioridad que en el plano moral tiene una persona que pone a su servicio una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima. En relación a los delitos contra la libertad sexual, de manera reiterada esta Sala ha dicho (entre otras SSTS 1165/2003, de 18 de septiembre; 935/2005, de 15 de julio; 785/2007, de 3 de octubre; 708/2012, de 25 de septiembre; 957/2013, de 17 de diciembre; y 834/2014, de 10 de diciembre) que el prevalimiento no limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en las que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente (consentimiento viciado), y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima no cuenta con libertad para decidir sobre una actividad sexual súbitamente impuesta».

5. También resulta necesario a los efectos de fijar el concepto de intimidación hacer referencia a que la Unión Europea en el año 2012 adopta la Directiva 2012/29/UE, según la cual, en su párrafo (17) «La violencia dirigida contra una persona a causa de su sexo, identidad o expresión de género, o que afecte a personas de un sexo en particular de modo desproporcionado se entiende como violencia por motivos de

género. Puede causar a las víctimas lesiones corporales o sexuales, daños emocionales o psicológicos, o perjuicios económicos. La violencia por motivos de género se entiende como una forma de discriminación y una violación de las libertades fundamentales de la víctima y comprende, sin limitarse a ellas, la violencia en las relaciones personales, la violencia sexual (incluida la violación, la agresión sexual y el acoso sexual), la trata de personas, la esclavitud y diferentes formas de prácticas nocivas, como los matrimonios forzados, la mutilación genital femenina y los denominados «delitos relacionados con el honor». Las mujeres víctimas de la violencia por motivos de género y sus hijos requieren con frecuencia especial apoyo y protección debido al elevado riesgo de victimización secundaria o reiterada, o de intimidación o represalias ligadas a este tipo de violencia».

Por otro lado, el Convenio del Consejo de Europa, sobre la prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, denominado Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011, instrumento necesario para poder definir el delito de violación, recuerda, en su aplicación, las normas internacionales y regionales de derechos humanos, así como el Estatuto Jurídico de la Corte Penal Internacional. Y en base a ello, su ámbito de aplicación es frente a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada. Y para ello aporta definiciones. Así, la violencia contra las mujeres es una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará 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. La violencia doméstica es todo acto de violencia física, sexual, psicológica o económica que se produce en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima. El género entenderá los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres. La violencia contra las mujeres por razones de género se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada. Y en particular, en su art. 36 se regula la violencia sexual, incluida la violación, dando una definición de estas categorías delictivas al indicar que «1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:

- a) la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto;
- b) los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona;
- c) el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero».

Afirmando en el apartado segundo que: «El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes».

La específica referencia que se hace en el Convenio de Estambul al consentimiento, como manifestación del libre arbitrio de la persona en función del contexto, deja clara la imposibilidad de interpretar una ausencia de resistencia física como tal voluntad, la misma debe manifestarse de forma expresa o deducirse claramente de las circunstancias que rodean al hecho.

6. Como hemos indicado, la decisión de esta Sala se debe ajustar al contenido estricto del hecho probado en el que se recogen todos los elementos necesarios para

considerar que los hechos son constitutivos de un delito contra la libertad sexual, pero abre debate sobre su calificación jurídica. Las partes acusadoras consideran que existen bases fácticas suficientes para considerar que ha existido la violencia intimidativa que convierte la figura en agresión sexual de los artículos 179 y 180 del Código Penal.

(...) 7. De los anteriores hechos probados se desprende con claridad que existe un error de subsunción jurídica por parte del Tribunal de instancia tal y como mantienen las acusaciones. En este caso, no existió consentimiento alguno por parte de la víctima, creándose una intimidación que se desprende sin género de dudas del terrible relato de hechos probados, del que deriva una obvia coerción de la voluntad de la víctima, que quedó totalmente anulada para poder actuar en defensa del bien jurídico atacado, su libertad sexual.

(...) Como señala la doctrina más autorizada, el carácter «particularmente degradante o vejatorio» de la violencia o intimidación empleadas, que contempla la agravación específica mixta del número primero del art. 180.1 debe ser entendida, no como intensidad, gravedad o contundencia que, por otra parte es preciso concorra para que se trate de una agresión sexual *stricto sensu*, sino como la capacidad para humillar y rebajar a la víctima en el caso concreto, más allá de lo que cualquier agresión sexual por sí misma puede suponer.

Esta Sala también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la citada agravación, exigiendo que concorra una violencia o intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio. Se decía en la STS n.º 675/2009 que «Respecto al carácter particularmente degradante o vejatorio de la violencia o intimidación ejercida, no se puede olvidar, como han reconocido Sentencias de esta Sala, como es exponente la de 17 de enero de 2001, que toda agresión sexual, que se realiza por la fuerza o con intimidación, necesariamente supone un cierto grado de brutalidad y determina vejación, menosprecio y humillación para la víctima del hecho. Por ello mismo, para que la acción del sujeto activo sea merecedora de la agravación legal, es menester la concurrencia de un grado de brutalidad, humillación o vejación superior al que de por sí existe en toda violación; o como se declara en la Sentencia 534/2003, de 9 de abril, los delitos de agresión sexual tienen en sí mismos un componente que implica necesariamente la degradación, humillación y vejación de las víctimas, en cuanto que mediante el empleo de la violencia o intimidación se vulnera un ámbito de intimidad y libertad de tanta importancia y trascendencia para la persona como es el de su sexualidad. Y se añade en esta última Sentencia que este carácter vejatorio o degradante del delito ya ha sido considerado por el legislador, reflejándolo en la ley, al señalar las penas que corresponden a sus autores, y puede ser valorado en cada caso por el Tribunal en el momento de individualizar la pena, por lo que la agravación del artículo 180.1.º CP, no se refiere a los actos sexuales realizados, de por sí humillantes, vejatorios y degradantes, sino a la violencia o intimidación empleada en su ejecución (STS núm. 530/2001, de 28 de marzo), y solo será apreciable cuando éstas, la violencia o intimidación, superen con claridad los niveles propios del delito, es decir, cuando, como se dice en el mismo artículo, revistan un carácter «particularmente» degradante y vejatorio. Tal ocurrirá cuando se aprecie, al lado de la conducta descrita en el tipo del artículo 178 y 179, una violencia o intimidación caracterizadas por una brutalidad, salvajismo o animalidad añadidos (STS de 21 de enero de 1997), o una conducta del autor que pretenda y alcance una humillación, degradación o vejación relevantes no necesarias para la ejecución del tipo objetivo, es decir, algo más de lo que es connatural a casi toda agresión sexual (STS de 14 de febrero de 1994)».

No obstante lo anterior, este Tribunal también ha apreciado la citada agravación, cuando la violencia o intimidación de carácter particularmente degradante o vejatorio no solo se refiera al acto aisladamente considerado, sino también a la situación creada

a la que somete a la víctima, así en nuestra sentencia 11/2006, de 19 de enero, indicá-bamos que: «Decíamos en la STS núm. 168/2004, de 11 de, que sin duda, los delitos de agresión sexual tienen en sí mismos un componente derivado de su naturaleza que implica necesariamente la degradación, humillación y vejación de las víctimas, en cuanto que mediante el empleo de la fuerza o intimidación se vulnera un ámbito de intimidad y libertad de tanta importancia y trascendencia para la persona como es el de su sexualidad. Esta degradación, vejación y humillación adquieren una intensidad aún mayor cuando la agresión sexual se convierte en violación al consistir en un acceso carnal violento por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías. Sin embargo, este carácter vejatorio o degradante del delito ya ha sido considerado por el legislador, reflejándolo en la Ley al señalar las penas que corresponden a sus autores, y puede ser valorado según las circunstancias de cada caso por el Tribunal en el momento de individualizar la pena

Como señalábamos en la STS núm. 812/2003, de 3 de junio, «lo que sanciona el precepto es el plus de antijuridicidad que representa el *«modus operandi»* del autor cuando las concretas y específicas acciones instrumentales violentas o intimidatorias efectuadas, consideradas en su propia objetividad, hayan de calificarse como espe-cialmente degradantes o vejatorias porque representen un cualificado menosprecio a la dignidad de la víctima. En sentido similar, la STS núm. 462/2003, de 26 de marzo, la STS núm. 383/2003, de 4 de marzo, STS núm. 1667/2002, de 16 de octubre, entre otras».

En el caso actual, la violencia ejercida se concretó, nos dice la sentencia, en que la víctima fue mantenida desnuda o casi desnuda toda la noche, siendo penetrada analmente por distintos varones, a veces públicamente y otras siendo trasladada... mientras el resto seguía su fiesta bebiendo y fumando, recibiendo sólo risotadas a sus peticiones para que la dejaran marchar... siendo obligada a beber cervezas y a fumar hachís, lo que le aturdía. En definitiva, la víctima fue dispuesta como objeto de placer durante toda la noche a disposición de satisfacer los apetitos sexuales de los autores, tratándose de una acción en la que todos los condenados, junto a otros, participan, y que revela una particular degradación y vejación de la víctima».

En similares términos nos hemos pronunciado en la sentencia 194/2012, de 20 de marzo: «La aplicación del supuesto agravado del artículo 180.1.1.º del Código Penal exige que concurra una violencia o intimidación de carácter particularmente degrada-dante o vejatorio. No es en sí el acto de naturaleza sexual lo que debe revestir tal condición, pues es claro que la relación sexual impuesta con violencia o intimidación ya es de por sí degradante y vejatoria para cualquier individuo, dado el ataque a su dignidad personal y a su libertad que tal clase de actos suponen. Lo que el tipo exige es que sea la violencia o la intimidación ejercidas las que revistan aquellos caracteres, (STS n.º 159/2007). Pero con ello no solo se hace referencia al acto violento o intimi-datorio aisladamente considerado, sino también a la situación creada a la que se somete a la víctima; ni solo a la clase de violencia o intimidación ejercidas, sino tam-bién a la forma en que lo han sido en relación con la conducta impuesta... La descrip-ción fáctica permite apreciar que la víctima fue sometida durante el tiempo que duró la agresión a una situación en la que la violencia e intimidación ejercidas no solo permitieron la agresión sexual en sí misma, sino que la excedieron mediante una serie de penetraciones violentas, bucales y vaginales, que los autores simultaneaban sucesi-vamente, colocándola por lo tanto bajo una violencia innecesaria que no puede ser calificada sino como especialmente humillante, degradante y vejatoria, superando así esa misma naturaleza que cualquier acto de agresión sexual ya lleva consigo».

Criterio sobre la situación creada que también se aplicó en la STS n.º 1005/2009, en la que se entendió que «...el acometimiento sexual fue especialmente vejatorio al



participar los dos en un mismo momento con penetraciones anales y vaginales colocando a la víctima en una situación especialmente vejatoria, que es lo que ha estimado la Sala para establecer la agravación específica».

Más recientemente, la STS 714/2017, de 30 de octubre, entiende que hay que atender a la situación creada. «Admite la resolución recurrida, que esta agravante no solo se hace referencia al acto violento o intimidatorio aisladamente considerado, sino también a la situación creada a la que se somete a la víctima; ni solo a la clase de violencia o intimidación ejercidas, sino también a la forma en que lo han sido en relación con la denigración como mujer, en la conducta impuesta. En otras ocasiones hemos expresado que la exigencia legal de que la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, presupone dos matices: a) que constituye un grado de violencia o intimidación superior al que pueda entenderse como necesario para vencer la negativa de las víctimas; b) que, además, dicha violencia o intimidación ha de conllevar un trato humillante, envilecedor o de innecesario maltrato o padecimiento».

En definitiva, concurre la agravación analizada cuando se aprecie, al lado de una agresión, una violencia o intimidación caracterizadas por una brutalidad, salvajismo o animalidad añadidos, o bien, una conducta del autor que pretenda y alcance una humillación, degradación o vejación relevantes no necesarias para la ejecución del tipo objetivo, es decir, algo más de lo que es connatural a casi toda agresión sexual.

(...) En consecuencia, la descripción fáctica, permite apreciar que la víctima sufrió durante el tiempo que duró la agresión una situación en la que la violencia e intimidación ejercidas no solo permitieron la agresión sexual en sí misma, sino que los acusados se excedieron en el «modus operandi», más allá de los concretas acciones intimidatorias efectuadas, con acciones tales como penetrar anal, vaginal y bucalmente a la víctima en un periodo de tiempo de 1 minuto y 38 segundos, hasta en diez ocasiones, a la vez que la estaban grabando y sacándole fotos, situación en la que la misma estaba sometida. Conducta que le fue impuesta a la víctima, de la que se desprende una clara denigración como mujer.

Lo anteriormente analizado, que se desprende de relato fáctico, implica un plus de antijuridicidad, ya que se trata de una forma de actuar de los acusados que por su propia objetividad debe calificarse como especialmente degradante o vejatorio, tal y como sanciona la agravación específica prevista en el apartado 1.º del art. 180.1 del CP, por lo que entendemos correcta la subsunción jurídica de los hechos llevada a cabo por el Ministerio Fiscal.

(...) 5. La segunda petición del Ministerio Fiscal es la aplicación del artículo 180.1.2.ª del Código Penal, que prevé una pena superior para los casos de comisión por la actuación conjunta de dos o más personas, se alega que no es un hecho discutido que fueron cinco los individuos que participaron en los múltiples actos sexuales de las que la denunciante fue víctima, apuntando que si la actuación conjunta de dos personas, ya permite la aplicación de dicha agravación, considera el Fiscal que la actuación concertada de cinco varones es más que suficiente para apreciar no sólo que su presencia determine la situación intimidatoria, sino que también permita la aplicación de dicha agravación específica.

5.1 Fue el vigente Código Penal de 1995 el que introdujo, diversos subtipos agravados de los delitos básicos de las agresiones sexuales descritos en los arts. 178 y 179 CP. En su primitiva redacción, el subtipo aquí estudiado, definía la específica agravación: «cuando los hechos se cometiesen por tres o más personas actuando en grupo». Más tarde fue modificado en la reforma operada por la LO 11/1999, de 30 de abril. Tras esa reforma, basta para aplicar el subtipo estudiado con que «el hecho se cometa por la actuación conjunta de dos o más personas». La Exposición de Motivos

de la LO 11/1999 presentaba la reforma como «una necesidad surgida por la triple convergencia del derecho europeo, las exigencias de la sociedad española y la protección de la dignidad inherente al ser humano, que, sobre todo, en protección de menores e incapaces, requería la acomodación de nuestro derecho a pautas de mayor severidad».

La naturaleza jurídica de la agravación específica consistente en «cometer el hecho por la actuación conjunta de dos o más personas», ha sido explicada en nuestra sentencia 1142/2009, de 24 de noviembre, donde apuntábamos que la circunstancia encuentra su razón de ser «no tanto en el acuerdo previo, sino fundamentalmente en la colaboración eficaz para el objetivo antijurídico querido que se patentiza en un incremento del desvalor de la acción y del resultado, pues de un lado la presencia de los copartícipes supone una acusada superioridad y una mayor impunidad o al menos aseguramiento del designio criminal para los autores, y una correlativa intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de toda capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación».

De lo anterior se desprende que la circunstancia no encuentra su razón de ser en el acuerdo previo, sino en la contribución eficaz para lograr el objetivo antijurídico. Y también la realización conjunta supone un incremento del desvalor de la acción, pues, de un lado, la presencia de los copartícipes supone una acusada superioridad y una mayor impunidad o, al menos, el aseguramiento del designio criminal para los autores, y de otro, una correlativa intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de su capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación. También podemos entender agravado el resultado por la búsqueda de impunidad de los autores que conlleva el riesgo potencial, sociológicamente menos relevante y más improbable si el autor es único, de lesionar otros bienes jurídicos del sujeto pasivo, como su propia vida, con la finalidad de encubrir y silenciar el delito cometido.

Para la aplicación de este supuesto agravado se requiere que la pluralidad de sujetos actúe de forma conjunta o confabulados para agredir sexualmente al sujeto pasivo, en cambio no es preciso, de forma necesaria, un previo concierto de voluntades entre los sujetos, bastando el acuerdo accidental de los mismos. Para la aplicabilidad de este supuesto agravado es preciso que el delito pudiera haberlo cometido uno sólo de los agentes, pues si para la comisión del delito resultara imprescindible la actuación conjunta de todos, en el caso concreto, no podríamos aplicar la presente agravación.

5.2. Esta Sala se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la agravación analizada, así en nuestra sentencia 1667/2002, de 16 de octubre, decíamos que: «Es cierto que esta Sala ha apreciado que la estimación de esta agravación puede ser vulneradora del principio «non bis in idem» cuando en una actuación en grupo se sanciona a cada autor como responsable de su propia agresión y como cooperador necesario en las de los demás, pues en estos casos la estimación de ser autor por cooperación necesaria, se superpone exactamente sobre el subtipo de actuación en grupo, dicho de otro modo, la autoría por cooperación necesaria en estos casos exige, al menos, una dualidad de personas por lo que a tal autoría le es inherente la actuación conjunta que describe el subtipo agravado (S. 12-03- 2002, núm. 486/2002).

Pero en el caso actual el recurrente no ha sido condenado como cooperador necesario en las agresiones sexuales consumadas por su compañero sino exclusivamente como autor directo de aquellas en las que ha sido autor material, es decir que ha sido condenado exclusivamente por dos agresiones, una por cada una de las víctimas o sujetos pasivos a las que de modo personal y directo ha penetrado sexualmente. En

consecuencia, la apreciación de la agravación no vulnera en este caso el principio «non bis in idem».

En similares términos nos hemos pronunciado en la más reciente sentencia 194/2012, de 20 de marzo, al afirmar que: «El artículo 180.1.2.<sup>a</sup> del Código Penal prevé una pena superior para los casos de comisión por la actuación conjunta de dos o más personas, no solo por la mayor gravedad que supone la existencia de un acuerdo, anterior o simultáneo, para la ejecución de hechos de esta clase, sino por la mayor indefensión en que se encuentra la víctima ante un ataque desarrollado por varias personas. No exige el tipo, literalmente, una autoría conjunta, sino una actuación conjunta. Y en los casos de aportaciones de terceros a la ejecución, que deberían ser considerados cooperadores necesarios o cómplices, no se aprecian razones para excluir la agravación, al concurrir todas las que las que justifican su existencia.

Sin embargo, no es posible la aplicación de esta agravación en todos los casos en los que se aprecie una ejecución por actuación conjunta de dos personas. Decíamos en la STS n.º 1667/2002, con cita de la STS n.º 486/2002, que «...esta Sala ha apreciado que la estimación de esta agravación puede ser vulneradora del principio «non bis in idem» cuando en una actuación en grupo se sanciona a cada autor como responsable de su propia agresión y como cooperador necesario en las de los demás, pues en estos casos la estimación de ser autor por cooperación necesaria, se superpone exactamente sobre el subtipo de actuación en grupo, dicho de otro modo, la autoría por cooperación necesaria en estos casos exige, al menos, una dualidad de personas por lo que a tal autoría le es inherente la actuación conjunta que describe el subtipo agravado».

En la misma línea, en la STS n.º 421/2010, decíamos que «...es jurisprudencia de esta Sala que este subtipo agravado de ejecutar el hecho por la acción conjunta de dos o más personas solo opera cuando se está enjuiciando al autor material de la agresión sexual, que se beneficia de la acción del cooperador pero no cuando es el cooperador necesario, como es el presente caso, el que es objeto de enjuiciamiento, ya que actuando como cooperante en la medida que con su acción está facilitando que el autor material cometa el tipo penal, aquél ya está asumiendo el papel de colaborador por lo tanto no puede agravarsele vía art. 180.1.2.º porque se estaría valorando dos veces una misma situación con la consiguiente vulneración del *non bis in idem*. En tal sentido, se puede citar la jurisprudencia de esta Sala, SSTs 975/2005, de 13 de Julio; 217/2007, de 16 de Marzo; 439/2007, de 31 de Marzo; 61/2008, de 24 de Enero y 1142/2009, de 24 de Noviembre, todas las cuales vienen a declarar que cuando intervienen dos personas y una de ellas es considerada cooperador necesario, no es posible aplicarle a éste la agravación en su conducta, pues no puede concebirse la cooperación necesaria sin la presencia de, al menos, un autor a cuya ejecución coopere».

En realidad, como se desprende de esta última sentencia, esta limitación solo es aplicable respecto del cooperador que, al realizar su aportación, viene a dar lugar al mismo tiempo al requisito fáctico del supuesto agravado. Es decir, cuando solo pueda apreciarse la actuación conjunta tras su aportación y, precisamente, a causa de ella».

El criterio analizado también es mantenido por la STS 246/2017, de 5 de abril, con cita de las SSTs 1142/2009, 421/2010 y 235/2012.

Por otro lado, la STS 338/2013, de 19 de abril, mantiene la misma interpretación que las anteriores resoluciones citadas, y va más allá, distinguiendo dos situaciones, la primera, en la que participan solo dos personas, el autor y el cooperador necesario, en cuyo supuesto, la agravación se aplicará únicamente al autor, pues en caso de aplicarse también al cooperador nos encontraríamos con una doble valoración de una misma conducta, de un lado, para apreciar la cooperación, y de otra parte, para aplicar la agravante; y la segunda situación, referida a aquellos supuestos en los que intervienen más de dos personas, en los que sí puede aplicarse la agravante a todos los

intervinientes, pues en esa ocasión el cooperador realiza su aportación a un hecho que ya resulta agravado por elementos diferentes de su propia conducta, como ocurre en los supuestos de violación múltiple, afirmando la citada resolución que: «1. El artículo 180.1.2.º del Código Penal prevé una agravación de las penas cuando los hechos castigados como delito en el artículo 179 sean cometidos por la actuación conjunta de dos o más personas. La jurisprudencia ha entendido mayoritariamente que al ser el cooperador alguien que colabora al hecho de otro, en esos casos siempre actuarán conjuntamente dos personas, de manera que podría entenderse en un principio que el ser cooperador en un delito de agresión sexual, en todo caso llevaría aparejada la agravación prevista en el artículo 180.1.2.º citada. Dicho de otra forma, la actuación del cooperador, por su propia existencia, siempre estaría agravada. Pero se produciría entonces la doble valoración de la misma conducta, de un lado para apreciar la cooperación y de otro, sin requerir otros elementos, para aplicar la agravación. Esto ocurriría cuando en el caso interviniesen solamente dos personas, el autor y el cooperador, y no cuando intervengan más, pues entonces el cooperador realiza su aportación a un hecho que ya resulta agravado por algo distinto de su propia aportación. Al primero le sería de aplicación la agravación, pues es perfectamente imaginable un autor sin cooperador. Pero no resulta así para el cooperador, pues, siempre, por su propia naturaleza, supone la existencia de un autor (sea o no responsable penalmente). De manera que, en esos casos, en los que actúan solo dos personas, una en concepto de autor y otra como cooperador, la agravación del artículo 180.1.2.º solo será aplicable al autor».

5.3. Aplicando la anterior jurisprudencia al supuesto analizado, llegamos a la conclusión de que, tal y como apunta el Ministerio fiscal, concurre en el presente caso el subtipo agravado del art. 180.1.2.ª del Código Penal.

(...) En efecto, estamos ante un supuesto de violación múltiple, efectuada por cinco personas, en la que todos participan como autores, y en la que no se está valorando dos veces una misma situación, según se desprende del relato fáctico, por varios motivos:

1.º La presencia de los cinco acusados, previamente concertada, supone una acusada superioridad para poder llevar a cabo el plan buscado de propósito por los acusados y poder realizar las agresiones sexuales a las que fue sometida la víctima;

2.º El delito podría haber sido cometido por una sola persona, lo que bastaría para apreciar la intimidación que hemos descrito, dadas las circunstancias concurrentes: la diferencia de edad de los agresores con la víctima, la fuerte complexión física de todos los autores, el lugar recóndito, angosto y sin salida donde tuvieron lugar los hechos, la situación de embriaguez en que se encontraba la víctima, por lo que no era imprescindible para obtener el efecto intimidatorio sobre la misma, la actuación conjunta de todos;

3.º La propia naturaleza de la agravación, que implica un incremento del desvalor de la acción, pues la intervención de los cinco procesados en la violación múltiple supone, no solo una intensificación de la intimidación sufrida por la víctima, sino también, una mayor impunidad y el aseguramiento del designio criminal para los mismos;

4.º El hecho de no haber sido condenados como cooperadores necesarios en las agresiones sexuales consumadas por los otros procesados, sino exclusivamente como autores directos en las que han sido autores materiales, aplicando la continuidad delictiva, lo que es discutible doctrinal y jurisprudencialmente en supuestos como el analizado en los que hay intercambio de roles, cuando un sujeto accede y otro intimida, para luego intercambiar sus posiciones, lo que normalmente ha sido subsumido

por esta Sala en las normas concursales; no obstante, al no haber sido objeto de impugnación, el principio acusatorio impide que nos pronunciemos al respecto.

En consecuencia, la apreciación de la agravación analizada no implica infracción del *non bis in idem*, ya que la conducta desplegada por los acusados actuando en grupo, de común acuerdo y aprovechando la situación creada, tiene un mayor desvalor, pues una cosa es la participación en el delito y otra bien distinta la forma comisiva del mismo, que este caso tuvo lugar, según la sentencia de instancia, por los cinco procesados, siendo dirigida la víctima por los acusados al cubículo donde le rodearon, quienes aprovecharon la situación para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual, así fue objeto de al menos 10 agresiones sexuales con acceso vaginal, anal, y bucal, habiendo solo sido sancionados como responsables de su propia agresión, y no como cooperadores necesarios en las de los demás.

Todo ello implica una intensificación de la intimidación que sufrió la víctima con efectiva disminución de su capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación.

(STS 344/2019, de 4 julio)

## ARTÍCULOS 183.1 Y 189.1.ºA CP

*Abuso sexual y corrupción de menores: obtener fotos remitidas por menores de sus partes íntimas o en actitud sexual, apreciación de tentativa en los supuestos en los que se solicitaban y no se obtenían.*

En cuanto al delito de abusos sexuales, el art. 183.1 del CP, en la redacción vigente en la fecha en que sucedieron los hechos, castigaba con una pena de prisión de 2 a 6 años al que «... realizare actos que atenten contra la indemnidad sexual de un menor de trece años».

Aunque en muchos casos el delito se llevará a cabo mediante una acción ejecutada por el autor sobre el cuerpo de la víctima, se ha admitido la comisión del delito sin que medie contacto físico entre uno y otro. Así, es posible considerar supuestos en los que, sin contacto físico entre autor y víctima, se ejecuten actos por el menor que atenten a su indemnidad sexual, simultáneos o no a otros ejecutados por el autor, el cual incita, impulsa, guía o condiciona los primeros. Y no solo en situaciones de proximidad física (STS n.º 450/2018, de 10 de octubre). La utilización de las tecnologías de la comunicación para estos fines aparece frecuentemente. Es cierto que estas nuevas formas de actuación requieren una interpretación de los tipos penales que delimiten los espacios correspondientes a las figuras de los abusos sexuales del artículo 183; de la determinación a un menor a participar en un comportamiento de naturaleza sexual o a hacerle presenciar actos de carácter sexual; o del grooming o el sexting, del artículo 183 ter. Pero ello no impide afirmar que la actuación del sujeto conduciendo o impulsando al menor a la realización de actos de naturaleza sexual sobre su mismo cuerpo, en los que de alguna forma participa aquel, constituyen un delito de abuso sexual.

En la STS n.º 301/2016, de 12 de abril, se decía: «Son muchos los precedentes de esta Sala en los que la aplicación del art. 183 del CP no se ha visto obstaculizada por el hecho de que no mediara contacto físico entre agresor y víctima. Y no sólo en aquellos casos en los que la ausencia de relación física está ligada al escenario telemático en el que se desarrolla el abuso. Así, por ejemplo, en la STS 1397/2009, 29 de diciem-

bre (RJ 2010, 432), decíamos que «... el delito de agresión sexual del art. 178 se consuma atentando contra la libertad sexual de otra persona sin que se exija que el sujeto necesariamente toque o manosee a su víctima. (...) Que la satisfacción sexual la obtenga (el acusado) tocando el cuerpo de la víctima o contemplándola desnuda mientras se masturba es indiferente para integrar para ello lo que es en ambos casos un comportamiento de indudable contenido sexual.

Pero más allá de aquellos supuestos en los que la falta de contacto físico se produce en un contexto de proximidad entre agresor y víctima, las nuevas formas de comunicación introducen inéditos modelos de interrelación en los que la distancia geográfica deja paso a una cercanía virtual en la que la afectación del bien jurídico, no es que sea posible, sino que puede llegar a desarrollarse con un realismo hasta ahora inimaginable. El intercambio de imágenes de claro contenido sexual, obligando a un menor a enviar fotografías que atentaban contra su indemnidad sexual (ATS 1474/2014, 18 de septiembre), la obtención de grabaciones con inequívocos actos sexuales ejecutados por menores de edad (STS 864/2015, 10 de diciembre), la introducción anal y vaginal de objetos por parte de dos niñas, inducidas por su propia madre para su observación por un tercero a través de Internet (STS 786/2015, 4 de diciembre), son sólo algunos ejemplos bien recientes de resoluciones de esta Sala en las que hemos considerado que el ataque a la indemnidad sexual del menor de edad puede producirse sin esa contigüidad física que, hasta hace pocos años, era presupuesto indispensable para la tipicidad de conductas de agresiones o abusos sexuales a menores».

En la STS n.º 377/2018, de 23 de julio, se insistió en la posibilidad de apreciar un delito de abuso sexual sin que hubiera existido contacto físico entre autor y víctima. Se decía entonces que «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».

Nuevamente se apreció este delito en la STS n.º 450/2018, de 10 de octubre, al diferenciarlo del tipificado en el artículo 183 bis, en la redacción introducida por la LO 1/2015. Se decía así, que «la tipicidad en el delito de abuso sexual no requiere el contacto corporal entre dos sujetos. Lo relevante es el ataque a la libertad e indemnidad sexual llevado a cabo sin su consentimiento o contra un menor (Por todas, STS n.º 377/2018, de 23 de julio). Cuando hemos referido la exigencia de un contacto físico o corporal, entre los sujetos activo y pasivo, ha de ser entendida como realización conjunta del hecho, sin la exigencia de un contacto corporal.

La STS 468/2017, de 22 de junio, constituye un antecedente de esta interpretación. En la misma dijimos que «la mención determinar a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, enturbia su interpretación, pero únicamente es posible la interpretación que separe ambas conductas, si tomamos, primeramente en consideración que tal comportamiento, con la participación o no del autor, se limita llevar a cabo un comportamiento que no significa realizar actos de carácter sexual con un menor de 16 años, puesto que en este caso la aplicación preferente sería de 183 del Código Penal; en segundo lugar considerando que el tipo penal del artículo 183 bis requiere la conducta de futuro, en tanto que se penaliza un acto preparatorio, mientras que el abuso sexual de menores del 183, se consuma mediante la realización de actos sexuales con menores, que lleguen a cristalizar en acciones directas entre el autor y su víctima. Es decir, en el momento en que de tal comportamiento de naturaleza sexual resulta el contacto físico o corporal con el menor por parte del autor, la encarnación delictiva debe ser era del abuso sexual de artículo 183 del Código Penal».

Y, continuaba diciendo esta Sala en la citada STS n.º 450/2018, de 10 de octubre: «El hecho probado describe los actos típicos del abuso sexual del artículo 183. De una parte, se declara un elemento objetivo que implica el contacto corporal en el sentido requerido por la norma y que hemos expuesto. El hecho probado dice que hasta en cinco ocasiones consiguió que el menor le acompañara a la ducha y al vestuario de chicos y allí se dijo que se bajara los pantalones y se masturbara indicándole cómo hacerlo, al tiempo que también se masturbó. Se trata de una conducta conjunta en la cual el sujeto activo a un menor, sin capacidad de autodeterminación sexual, le dice lo que tiene que hacer y cómo hacerlo y realizar lo propio en una acción conjunta. Esta conducta se realiza sobre un sujeto pasivo incapaz de determinarse libremente en el ámbito sexual, se trata un menor de 13 años y la conducta tiene un inequívoco contenido sexual. El elemento subjetivo surge del propio conocimiento de la acción y hecho probado lo refiere, con la finalidad de satisfacer su ánimo libidinoso. Si la conducta del sujeto activo es la de realizar un acto de indudable naturaleza sexual como es la masturbación de los dos realizada con una finalidad de satisfacer su ánimo libidinoso o de satisfacer sus propios deseos sexuales, la subsunción es en el artículo 183 del Código Penal. En todo caso hemos de recordar que la tipicidad del delito de abusos sexuales no requiere un contacto físico directo entre el acusado y su víctima. La jurisprudencia esta Sala ha declarado que la acción de atentar contra la libertad sexual de otro «existe cuando se la somete a comportamientos sexuales no queridos por ella como también es el tener que desnudarse y mostrar sus partes íntimas al agresor. Que la satisfacción sexual obtenga este tocando el cuerpo de la víctima o contemplándola desnuda mientras se masturba es indiferente para integrar lo que es en ambos casos un comportamiento de indudable contenido sexual, impuesto contra su voluntad o sin su consentimiento libre» (sentencia 1397/2009, de 29 diciembre, 301/2016, de 12 abril)».

En la nueva redacción del artículo 183.2, tras la reforma operada por la ley Orgánica 1/2015, se establece la pena de cinco a diez años de prisión cuando los hechos del apartado anterior se cometan empleando violencia o intimidación, calificándolos como agresión sexual. Y se añade que las mismas penas se impondrán «cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo». La introducción de esta nueva redacción puede resultar distorsionadora, en la medida en que permite plantearse cuál ha de ser la reacción penal cuando no concurra violencia o intimidación, pero nada se opone a entender que, tal como venía entendiendo la jurisprudencia, (vid. sentencias antes citadas), llevar a un menor mediante inducción, conducción, compulsión u otra conducta similar a la ejecución de actos sexuales sobre sí mismo, cuando no concurra violencia o intimidación, constituye un delito de abuso sexual.

En cuanto al delito del artículo 183 ter.1, (antes 183 bis), el llamado *grooming*, el tipo solamente requiere el contacto con el menor a través de las nuevas tecnologías, la proposición de un encuentro con el mismo para cometer cualquiera de los delitos de los artículos 183 y 189, y que la propuesta venga acompañada de actos materiales encaminados al acercamiento, sin que exija la ejecución de actos de naturaleza sexual que afecten a la indemnidad sexual del menor, que, en caso de existir, serían sancionados de forma independiente.

Y en el artículo 183.ter.2 (*sexting*) el tipo solamente exige el contacto con el menor a través del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación y la realización de actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o

aparezca un menor. Contemplándose, pues, un acto preparatorio respecto de las conductas previstas en el artículo 189 CP.

Respecto del delito de corrupción de menores del artículo 189.1.a) CP, es claro que la captación o utilización de menores de edad para elaborar cualquier clase de material pornográfico no exige el contacto físico entre el autor y la víctima.

Otro tanto ocurre con el delito de amenazas del artículo 171.1 CP.

(...) No plantea directamente el recurrente la posibilidad de que en estos casos pudiera apreciarse el delito en grado de tentativa, cuando el autor intenta que la víctima realice actos de naturaleza sexual sobre su propio cuerpo, en los que él participaría a distancia, y, sin embargo, la víctima no llega a acceder a la propuesta de aquel.

Es claro que es necesario que quede debidamente acreditado lo que el sujeto activo pretende, pues debe tratarse de actos que, de realizarse, atentarían a la indemnidad sexual del menor (o, en su caso, a la libertad sexual del mayor de 16 años, en la redacción actual). Pero si así ocurre, deben diferenciarse los casos en los que el sujeto pasivo llegue realmente a ejecutar actos sobre su propio cuerpo de aquellos en los que se niegue a ejecutarlos, o, aun cuando acepte, no los ejecute finalmente.

(STS 158/2019, de 26 marzo)

## ARTÍCULO 183 *QUATER* CP

*Autor persona próxima al menor por edad o grado de madurez: Circular 1/2017 de la FGE, criterios que contempla el precepto e interpretación de la exención.*

No puede pretenderse nunca en ningún caso la aplicación de este precepto, ya que no concurre en este caso cuando se triplica la edad de agresor y víctima, pero tampoco desde el punto de vista médico, porque esta disminución de la conciencia y voluntad o de su capacidad de discernir, lo que podría acercarle a una edad psicológica menor que la que tiene, no se ha acreditado, por lo que es inaplicable el precepto, que afectaría al concepto del error.

La doctrina señala sobre este precepto que el artículo 183 *quater*, incorporado al Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, no aparecía en la primera versión del Anteproyecto, la de 2012. Se incorporó en la segunda y definitiva versión, la de 2013, de donde pasó literalmente al Proyecto y, por último, a la nueva Ley Orgánica. Se trata de destipificar conductas en las que la edad del sujeto activo se aproxime a la del menor de edad, por cuanto entonces habría una madurez similar en ambos. El propio artículo 183 *quater* atiende tanto a la edad como al grado de desarrollo o madurez.

Y se justificó la adición señalando que, en este sentido, estamos en línea con el Informe del Consejo de Estado, así como el Consejo Fiscal, al ser aplicable el artículo 183 a conductas ejecutadas por menores de 18 años, sería conveniente incluir «la asimetría de edades cuando los actos sexuales son realizados por menores». En Derecho comparado, como señala el Consejo Fiscal, se ha tenido en cuenta esta circunstancia y menciona diferentes legislaciones: Italia, donde no es punible el menor que comete actos sexuales con otro menor que haya cumplido 13 años, si la diferencia de edad entre ambos no es superior a 3 años; o Austria, donde tampoco es punible si la edad del autor no supera la del menor en más de 3 años, con algunas excepciones; otros países con similares regulaciones son Noruega y Suiza. Ahora bien, esa escasa



diferencia de edad ha de ser tenida en cuenta no solo cuando el autor es menor sino también cuando está próximo a la mayoría de edad aun superándola.

(...) Así, como recuerda la Circular 1/2017, de 6 de junio de 2017, de la Fiscalía General del Estado, sobre la interpretación del art. 183 *quater* del Código Penal, en los dos últimos casos «la diferencia de edad es superior a los ocho años y medio» y que «a ello debe añadirse que se produce entre jóvenes de más de veinte años y niñas que no han alcanzado todavía los doce años cuando sucedieron los hechos, lo que desde luego influye igualmente en el grado de desarrollo y madurez alejándolo de la proximidad mencionada».

Destaca la antes citada Circular sobre la interpretación del art. 183 *quater* del Código Penal que: «El núcleo del injusto en los delitos de abuso sexual infantil radica en que el sujeto activo mantiene una relación sexual con una persona que por su minoría de edad se encuentra en una situación de desigualdad madurativa que le impide decidir libremente. En estos casos, no se da en puridad una actividad sexual compartida, dada la diferencia de experiencias y expectativas en la relación sexual. Consecuentemente, la cláusula objeto de análisis devendrá aplicable precisamente cuando, pese a ser uno de los intervinientes en la relación menor de dieciséis años, hay una decisión libre y una actividad sexual compartida con una persona que, aun siendo mayor de edad, es próxima al menor en edad y madurez.

La regla del art. 183 *quater* CP, como complemento de la fijación de la edad mínima de consentimiento sexual en los 16 años, tendrá consecuencias en relación con la posibilidad de apreciar error de tipo respecto del elemento de la edad cuando las relaciones sean consentidas. En definitiva, si el adulto mantiene una relación sexual con un menor de 16 años en la creencia de que superaba dicha edad y se dan simetría de edad y madurez o desarrollo, el error no tendrá incidencia y resultará de aplicación la exención de responsabilidad del art. 183 *quater*. Si, por el contrario, se mantienen relaciones sexuales con error sobre la edad (siempre que obviamente concurren elementos que permitan dar verosimilitud al error) y se produce una asimetría de edad o del grado de madurez o desarrollo podría apreciarse el error vencible de tipo.»

Como conclusiones de interpretación sobre el art. 183 *quater* destaca la citada Circular que:

«1.º El fundamento de la excepción contemplada en el art. 183 *quater* CP radica en evitar interpretaciones estrictas que castiguen las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes o personas jóvenes entre las que no existan diferencias sustanciales en cuanto edad y madurez. Dicha situación excluye la noción de abuso.

2.º El Legislador, para conferir eficacia al consentimiento del menor de 16 años, ha optado por un criterio mixto fundado en dos parámetros: uno cronológico (edad similar) y otro biopsicosocial (semejante grado de desarrollo o madurez).

3.º El art. 183 *quater* no define franjas concretas de edad. Es posible, no obstante, fijar marcos de protección según la víctima sea impúber (en todo caso), haya alcanzado la pubertad y no sea mayor de 13 años (la exención se limitaría generalmente a autores menores de 18 años), y menores de 14 y 15 años (cuyos contactos sexuales podrían abarcar a sus iguales jóvenes).

4.º Dentro de la franja de edad de los adultos jóvenes, debe precisarse entre la comprendida entre 18 y menos de 21 y la situada entre 21 y 24 años inclusive. En la última subdivisión, solo muy excepcionalmente podrá contemplarse la exclusión o la atenuación habida cuenta de la importante diferencia de edad y el alejamiento de las franjas cronológicas que, ordinariamente, resultan del derecho comparado (entre 2 y 5 años). Estos criterios deben considerarse orientadores.

5.º La capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de los actos no va ligada, de manera uniforme, a la edad cronológica. Las diferencias en este aspecto deben constatarse caso por caso y, sobre todo atender al hecho de que, cuanto mayor sea la diferencia de edad, mayor necesidad habrá de acreditar la semejanza en cuanto a desarrollo o madurez.

6.º En lo que atañe a la LORPM, siguen manteniendo su vigencia, *mutatis mutandis*, los pronunciamientos de la Circular 9/2011, de 16 de noviembre. Se buscará la respuesta individualizada en cada caso, que puede ser el archivo (art. 16 LORPM), cuando por las circunstancias y proximidad de edad se estime que los hechos no afectan ni a la libertad ni a la indemnidad sexual y quedan al margen del ámbito de protección de la norma penal.

7.º En el caso del autor adulto, de acreditarse las circunstancias del art. 183 *quater*, procederá el sobreseimiento del art. 637 no 2 LECrim.

8.º Cabe la posibilidad de construir una atenuante por analogía en tanto que la concurrencia parcial puede excluir la idea de abuso en forma relativa. Deberá atenderse al caso concreto y la situación deberá abarcar necesariamente la proximidad por edad dispuesta en el precepto, siendo graduable el grado de desarrollo o madurez al objeto de establecer el alcance de la atenuación.

Debe admitirse la posibilidad de apreciar la atenuante analógica como muy cualificada, para los supuestos en los que sin ser admisible la exoneración total, atendidas las circunstancias concurrentes, la relación entre el autor y el menor sea muy cercana a la simetría en el grado de desarrollo y madurez.

9.º La exención no podrá aplicarse a acciones típicas en las que concurra violencia, intimidación o prevalimiento.

En relación con el delito del art. 183 *ter* apartado primero (*grooming*) podrá teóricamente apreciarse la exención en relación con el tipo básico, pero no respecto del agravado, que exige la concurrencia de violencia, intimidación o engaño.

No podrá apreciarse esta cláusula en el delito del apartado segundo del art. 183 *ter* (*sexting*), por ser incompatible el «consentimiento libre» que se exige en el art. 183 *quater* con el «embaucamiento» propio de este tipo».

(STS 478/2019 de 14 octubre)

## ARTÍCULO 251.2.º CP

*Estafa: disponer de cosa habiéndola enajenado, enajenarla nuevamente antes de la definitiva transmisión; diferencias entre la doble venta con traditio y la venta de inmueble después de haberse enajenado, pero antes de la definitiva transmisión al adquirente.*

En el primer supuesto típico, el artículo 251.1 describe la conducta de la transferencia engañosa de una cosa (mueble o inmueble) mediante el fenómeno de la doble venta, la imposición de un gravamen o el arrendamiento, por quien no tiene ya, o no ha tenido nunca, esa facultad de disposición. El segundo apartado, lo constituye la enajenación mediante ocultación de carga, o bien la venta como libre y a continuación la imposición de un gravamen o enajenación siempre antes de la definitiva transmisión al adquirente, y finalmente, en el tercer apartado, a modo de comprensión general de tales comportamientos, el otorgamiento de un contrato simulado, sin más especificaciones, denominado falsedad defraudatoria o estafa documental. En cual-

quier caso, se requiere perjuicio de tercero, bien sea al adquirente o al propietario del bien, o a un tercero. Y aparte de que los casos típicos de actos de gravamen se encuentran confusamente redactados, es lo cierto que tales comportamientos indudablemente contienen en su descripción una modalidad de engaño que origina un error en el sujeto pasivo que le ha llevado a realizar el acto de autolesión, en que se traduce la estafa propia o común, por lo que la mayoría de tales comportamientos no podrían considerarse atípicos pese a una hipotética desaparición de dicho precepto, sino incorporados a la propia estafa, al colmar tales acciones las exigencias típicas que se describen en el artículo 248.1 del Código Penal. En cualquier caso, por razón de especialidad, y alternatividad, se ha de aplicar el referido artículo 251 del Código Penal cuando los hechos queden incluidos en tal descripción típica.»

(...) Efectivamente, los requisitos que, según la jurisprudencia de esta Sala requiere tal tipo penal son: 1.º Que haya existido una primera enajenación. 2.º Que sobre la misma cosa antes enajenada haya existido una segunda enajenación «antes de la definitiva transmisión al adquirente», es decir, antes de que el primer adquirente se encuentre con relación a la cosa adquirida en una posición jurídica tal que el anterior titular ya no esté capacitado para realizar un nuevo acto de disposición en favor de otra persona. 3.º Perjuicio de otro, que puede ser el primer adquirente o el segundo, según quién sea el que en definitiva se quede con la titularidad de la cosa doblemente enajenada, para lo cual hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.473 del Código Civil. 4.º Además, ha de concurrir el dolo como en todos los delitos dolosos, consistente en este caso en haber actuado el acusado en tales hechos con conocimiento de la concurrencia de esos tres requisitos objetivos antes expuestos: la existencia de esas dos enajenaciones sucesivas sobre la misma cosa y del mencionado perjuicio. Como recuerda la STS 102/2015 de 24 de febrero no es necesaria la «tradición» a favor de los perjudicados, basta con la doble venta.

(...) La discrepancia surge en si ambos delitos, contenidos en los números 1 y 2 del artículo 251 del Código Penal, son o no homogéneos, es decir, si tienen la misma naturaleza porque el hecho que configura los tipos correspondientes es sustancialmente el mismo.

(...) En el caso aquí analizado la homogeneidad se plantea ante dos estafas impropias o especiales. La comprendida en el artículo 251.1 del Código Penal, que describe la conducta de la transferencia engañosa de una cosa (mueble o inmueble) mediante el fenómeno de la doble venta, la imposición de un gravamen o el arrendamiento, por quien no tiene ya, o no ha tenido nunca, la facultad de disposición sobre esa cosa. Y la prevista en el segundo apartado, que viene constituida por la enajenación mediante ocultación de carga, o bien la venta como libre y a continuación la imposición de un gravamen o enajenación siempre antes de la definitiva transmisión al adquirente inicial.

El artículo 251.1, inciso primero, se refiere a un comportamiento que parte de la ausencia de la facultad de disposición sobre el bien mueble o inmueble por parte del sujeto activo de la infracción. Y atribuyéndose una facultad de disposición de la que carece, la enajena, grava o arrienda a otro y produce un perjuicio a éste o a un tercero.

En el tipo contemplado en el último inciso del artículo 251.2 del Código Penal, el sujeto activo de la infracción, después de enajenar el bien como libre, realiza una segunda enajenación, pero antes de la definitiva transmisión al adquirente inicial, ocasionando un perjuicio para éste o para un tercero.

Pese a lo que pudiera parecer de una primera lectura de ambos preceptos, los tipos penales contenidos en los mismos son homogéneos, es decir, el hecho que los configura es sustancialmente el mismo.

Es cierto que en la sentencia núm. 764/2005, de 8 de junio, invocada por los recurrentes, se entendió que condenar por delito comprendido en el artículo 251.2 del Código Penal, en lugar del delito que había sido objeto de acusación (artículo 251.1) podría vulnerar el principio acusatorio al no ser posible establecer una homogeneidad entre los mismos al partir ambos apartados de planteamientos y exigencias absolutamente antitéticas. Ello no obstante, finalmente los hechos fueron calificados como delito de apropiación indebida. Se trataba de un supuesto que no guardaba relación alguna con el que es sometido hoy a consideración, pues se enjuiciaba la conducta de un cónyuge a quien le había sido adjudicado el uso de la vivienda conyugal en el procedimiento de separación con la obligación de proceder a su venta, debiendo a continuación proceder a efectuar la correspondiente liquidación con su esposa, obligación ésta última que omitió, haciendo suya la total cantidad obtenida por la venta.

(...) Pues bien, la conducta descrita en el citado tipo no difiere en esencia de la prevista en el número 1 del mismo precepto. En ambos casos, a los efectos que ahora nos interesan, se dispone o enajena un bien a un tercero, y se ocasiona un perjuicio, bien al nuevo adquirente, bien a un tercero. Y en ambos casos, el enajenante carece de la libre disposición del bien, circunstancia que oculta al tercero y configura el engaño propio del delito de estafa. En el supuesto del número 1 porque ya ha dispuesto previamente del bien y ha transmitido su propiedad a otra persona. Al estar perfeccionada y consumada la primera venta, existe una venta de cosa ajena. Y en el supuesto contemplado en el número 2 porque, no obstante haber realizado un acto de disposición sobre el bien, la venta no se ha perfeccionado al no haberse producido la entrega de la cosa vendida. Al no estar perfeccionada la primera venta, solo existe doble venta. Es el supuesto que, por sus efectos, contempla el artículo 1473 del Código Civil.

La única diferencia radica por ello en que en el primer supuesto, en la primera venta celebrada ha operado la «*traditio*» y con ello se ha producido la transmisión de la titularidad sobre el bien, mientras que en el segundo aquella todavía no se ha producido, lo que no implica que el titular ostente la libre disposición del bien en cuestión. Y ello porque, aunque no exista la «*traditio*», real o ficticia, como modo de adquirir el dominio según los arts. 609, 1.095, 1.400 y 1.462 y siguientes del Código Civil, concurre un «*ius ad rem*» o vocación próxima al derecho real. Ese «*ius ad rem*» obligacional en su origen y real en su finalidad, es un derecho que recae sobre cosas específicas y resulta incompatible con cualquier otro que se le contraponga, y presenta además una naturaleza *sui generis* que se aproxima más al derecho real que al obligacional. Por consiguiente, con la celebración del contrato de compraventa se pierde la facultad dispositiva sobre el bien, y al vendedor de un inmueble en contrato privado, aunque la venta no fuese seguida de tradición real o ficticia, le queda rigurosamente prohibido disponer de lo ya vendido, con la trascendencia punitiva prevista ahora en el artículo 251.2 del Código Penal. En definitiva, el primer contrato de compraventa realizado, aunque carezca de efectos reales, prohíbe al vendedor cualquier acto dispositivo posterior, bien fuera de enajenación o de gravamen, para así poder cumplir la obligación contraída de entregar la cosa en los términos convenidos.

En consecuencia, debe concluirse estimando que nos encontramos ante delitos homogéneos, por lo que los acusados no se han visto privados de la oportunidad de defenderse frente a los hechos que integraban la calificación finalmente adoptada por el Tribunal.

(STS 164/2019, de 27 marzo)

## ARTÍCULO 252 CP

*Apropiación indebida: delito especial en el que su autor tiene que estar ligado con el sujeto pasivo por una determinada relación, pudiendo tener participación el extraneus.*

Es doctrina de esta Sala –entre otras SS. 2182/2002 de 24 de mayo, 1289/2002 de 9 de julio, 1708/2002 de 18 de octubre y 1957/2002 de 26 de noviembre– que en el delito de apropiación indebida, como sostiene acertadamente la sentencia impugnada, el título por el que se recibe la cosa ha de originar la obligación de entregarla o devolverla a su legítimo propietario. Esa jurisprudencia también ha establecido que la obligación surge cualquiera que sea la relación jurídica que la genere, pues los títulos que el precepto relaciona específicamente, como el depósito, la comisión y la administración no constituyen un *numerus clausus* sino una fórmula abierta como lo pone de manifiesto la propia expresión utilizada por el precepto («o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos»), de tal suerte que hay que incluir en el ámbito del tipo penal todas aquellas relaciones jurídicas que generan la obligación mencionada «incluso las de carácter complejo o atípico que no encajan en ninguna de las figuras creadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine la obligación de entregar o devolver.

El delito de apropiación indebida se caracteriza, en suma, por la transformación que el sujeto activo hace convirtiendo el título inicialmente legítimo y lícito en titularidad ilegítima cuando se rompe dolosamente el fundamento de la confianza que determinó la entrega del dinero o efectos. En el *iter criminis* se distinguen dos momentos, el inicial cuando se produce la recepción válida y el subsiguiente cuando se produce la apropiación con ánimo de lucro, de lo recibido, lo que constituye deslealtad o incumplimiento del encargo recibido, como ocurre en el caso paradigmático de la comisión, que colma el «tipo de infidelidad» que, tras una importante evolución doctrinal y jurisprudencial, es una de las modalidades de apropiación indebida (STS. 4.2.2003).

Y en cuanto al dinero, por mucho que haya desaparecido la voz distracción del art. 253 CP actual, y por mucho que el Preámbulo de la LO 1/2015 quiera desviar siempre su tipicidad a la administración desleal es evidente que sigue siendo posible la apropiación indebida de dinero.

Como muy bien explica la STS. 2.3.2016 esta Sala en una ya abundante doctrina jurisprudencial dictada desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015, que sigue manteniendo con efectos retroactivos la tipicidad de la apropiación indebida de dinero. En efecto si se admitiese el criterio de que la apropiación indebida de dinero solo tenía cabida en el anterior art. 252 CP como «distracción», constituyendo en todo caso una modalidad de administración desleal, y siendo así que la conducta específica de «distracción» ya no figura en la actual redacción del delito de apropiación indebida, podríamos vernos obligados a aplicar retroactivamente esta norma excluyendo la condena por apropiación indebida, sin que resultase sencillo remitir la sanción al nuevo delito de administración desleal que no ha sido objeto de acusación y posible defensa en el procedimiento.

Por el contrario, esta Sala ha mantenido la sanción por delito de apropiación indebida de dinero en numerosas sentencias dictadas después de la entrada en vigor de la reforma.

(...) En realidad, la reforma es coherente con la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropia-

ción indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015, de 13 de julio.

En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la LO 1/2015, el art 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del art. 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras, y la apropiación indebida los supuestos en los que el perjuicio ocasionado al patrimonio de la víctima consiste en la definitiva expropiación de sus bienes, incluido el dinero, conducta que antes se sancionaba en el art 252 y ahora en el art 253».

(STS 530/2019, de 31 octubre)

## ARTÍCULO 319 CP

*Delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo: edificación no autorizable en suelo no urbanizable: promotores que construyen viviendas en suelo no urbanizable a sabiendas de la colaboración municipal, primero dan acceso a las parcelas y las dotan de abastecimientos, para que ilegalmente de facto sean suelo urbano.*

En su redacción previa a la LO 5/2010, el artículo 319.1 condenaba a «los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una construcción no autorizada 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». Fuera de estos enclaves concretos, la punición solo se contemplaba para «edificaciones», cuando se realizaran en terreno rústico y no fueran autorizables. Así se derivaba del redactado del artículo 319.2 que condenaba: «a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable».

En la interpretación del precepto, esta Sala tenía proclamado que la actividad mediante la cual aparecía una red de caminos donde antes no existían, debía considerarse «construcción» a los efectos del redactado del artículo 319.1 del Código Penal por cuanto, por obra del hombre y con el empleo de medios mecánicos y técnicos apropiados, se produce una sustancial modificación con vocación de permanencia de la configuración original de la zona geográfica afectada. Dicha doctrina, sin embargo, remarcaba la significativa diferencia terminológica utilizada por el legislador, que empleaba el vocablo «construcción» como acción típica en el artículo 319.1 del Código Penal, y el concepto semánticamente más restringido de «edificación» para el artículo 319.2. Lo expuesto llevaría a la exclusión típica de las construcciones distintas de la edificación, cuando se desarrollaban en suelos rústicos que no tuvieran reconocido un valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o que no hubieran sido considerados de especial protección.

(...) El art. 319.2 del Código Penal exige, y exigía a la fecha en que los hechos tuvieron lugar, una edificación no autorizable en suelo no urbanizable. El término «no autorizable» significa que la obra, ya iniciada o realizada, no pueda ser reconocida posteriormente como ajustada a la legalidad, lo cual comprende tanto las obras reali-

zadas sin licencia que no sean legalizables, como también las que, contando con licencia, y al margen de posibles responsabilidades de haberse obtenido ilegalmente, no eran autorizables.

El contenido semántico de la expresión, que permitiría contemplar como supuesto de atipicidad cuando exista una posibilidad de autorización potencial, no es acogible. El tipo penal no contempla una remisión a cualquier hipotético tiempo futuro y a la posibilidad de que pueda llegar a modificarse la legalidad urbanística, o que concurra un momento en el que ya no sea posible actuar por haberse cerrado la vía contencioso administrativa por falta de ejercicio de la acción o, como aquí acontece, por defectos formales en su planteamiento. Tal consideración vaciaría de contenido el precepto sancionador por la siempre posible eventualidad de que llegue a alterarse la legalidad urbanística. El término «no autorizable» hace referencia al momento de la edificación y contempla la naturaleza de la ilegalidad material que rodea a la construcción, esto es, si se ajusta o no a la ordenación entonces vigente. Para la existencia del delito no basta que la edificación se levante sin licencia, sino que es necesario que sea contraria a la legalidad urbanística vigente en ese momento, supuesto en el que quedaría excluida toda autorización (STS 73/2018, de 13 de enero).

4. En lo relativo a la insignificancia de la lesión al bien jurídico, Esta Sala ha proclamado que el tipo penal no protege la legislación urbanística, sino el valor material de la ordenación del territorio, en su sentido constitucional de «utilización racional del suelo orientada a los intereses generales» (art. 45 y 47 CE), esto es, la no utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la adecuación de su uso al interés general (STS 363/06, de 28 de marzo o 529/2012, de 29 de junio). Lo que es observable cuando se ha modificado de manera permanente el uso previsto para el suelo rural no urbanizable, promoviéndose 18 viviendas y haciendo una provisión de los servicios necesarios para el nuevo destino que a aquel se le atribuye.

(STS 463/2019 de 14 octubre)

## ARTÍCULO 323.1 CP

*Delitos sobre el patrimonio histórico: la valoración de los daños se remite a un elemento normativo cultural, para cuya valoración el juzgador deberá atender a elementos o valores que configuran la normativa administrativa en esta materia.*

De lo expuesto resulta, que salvo una interpretación excesivamente literalista de un párrafo de la sentencia núm. 932/2016, descontextualizada del motivo casacional que analizaba, todas las resoluciones de esta Sala Segunda, ciertamente casi todas en aplicación del código del 73, siguen el criterio de entender la expresión bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, como un elemento normativo, que no exige una previa declaración administrativa en ese sentido; criterio que debemos seguir manteniendo como igualmente hace la doctrina mayoritaria; y ello, por múltiples razones:

- i) La dicción legal de precepto, al contrario de lo que sucede con el art. 323, no exige una previa calificación administrativa.
- ii) Ello resulta acorde con la propia sistemática que relaciona ambas normas, donde una vez paliada alguna incoherencia de la redacción anterior, tras la reforma operada por la LO 1/2015, el art. 323 como tipo de tutela residual o de recogida de los

delitos que sancionan daños contra el patrimonio histórico, frente al art. 321 que sólo ampara los edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental, en directa referencia a la normativa administrativa (art. 9.1 Ley sobre Patrimonio Histórico), conlleva una menor punición que la conducta del art. 321. En este 321 se tutelan los edificios singularmente protegidos y en el 324 el resto de bienes, muebles o inmuebles (incluidos edificios no reconocidos administrativamente como integrantes del patrimonio histórico) que gocen intrínsecamente de esa valoración histórica, artística, científica, cultural o monumental.

iii) La propia Constitución Española, en su art. 46 indica que en su inciso final que la ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio: histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. De modo que una interpretación formal de patrimonio, que no amparase a los no declarados formalmente como «bienes de interés cultural», pero que materialmente lo fueren, no satisface el este mandato de la norma constitucional.

iv) El Tribunal Constitucional, en su sentencia 181/1998, de 17 de septiembre, ha entendido adecuada esta interpretación material de patrimonio histórico, cultural y artístico, como objeto de tutela penal, donde no integra requisito del tipo que haya precedido a la actuación delictiva, una formal declaración de que los bienes dañados, ostentan la condición de bienes de interés cultural o han sido incluidos en el inventario correspondiente; bastando el valor intrínseco de los bienes.

Cuarto. El criterio resultante de tal argumentario, es además pacífico, absolutamente mayoritario entre la doctrina científica, al igual que acaece en la jurisprudencia (salvo la resolución invocada de contraste en su interpretación meramente literal), incluida la denominada menor, proveniente de las Audiencias Provinciales. La referida STC 181/1998, ya se hace eco de ello:

No constituye, pues, según la interpretación respaldada por esta línea jurisprudencial (la emanada de la Sala Segunda del TS), requisito integrante del tipo penal el de que preceda la declaración del interés cultural de los bienes dañados, pues la protección penal se dispensa respecto de los que, con calificación formal o sin ella, integran el ámbito objetivo del Patrimonio Histórico Español, conforme éste es configurado por la citada Ley 16/1985.

El ATC 406/2007, de 10 de diciembre, que inadmite recurso de amparo contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 18 de febrero de 2005, que definía como bienes de valor histórico, aquellos que no están incorporados al patrimonio histórico de manera expresa por una declaración administrativa, lo cual no empece ni desmerece su valor respecto de aquellos otros que sí lo están, únicamente indica que aún no se han incorporado de manera formal o explícita, a través de la declaración correspondiente, al catálogo, sin que esto excluya su incorporación futura, o que en todo caso por su valor intrínseco formen de hecho parte del '...patrimonio histórico, artístico y cultural de los pueblos de España...?', como lo define el art. 46 de la Constitución «.

Esta consideración sobre el objeto material del delito previsto en el art. 323, permite una tutela penal más conforme al mandato constitucional que restaría sin amparar, tanto por el art. 321, como por el art. 319, como por resto de la normativa tuitiva del patrimonio histórico dispersa en otros tipos contra el patrimonio, como agravaciones específicas, en los delitos de hurto (art. 235.1.1.º), robo con fuerza (art. 241.1), estafa (art. 250.1.3.º), apropiación indebida (art. 254), o receptación [(art. 298.1.a)]. De modo que así, también proyecta su ámbito el tipo del art. 323 CP, a:

– Los bienes de valor histórico ocultos o no descubiertos.



- Los que por la dejadez del titular no han sido declarados.
- Los que por la falta de agilización de los procesos o expedientes administrativos no hayan sido catalogados, inventariados o declarados de interés cultural.
- Los que por la deliberada descripción espuria de sus características no alcanzan reconocimiento administrativo.
- Los excluidos de la consideración por una errónea decisión administrativa.

Una efectiva protección del patrimonio cultural exige que esta protección se produzca con independencia de la declaración formal del mismo realizada por los órganos administrativos o por la Ley. Consecuentemente y en definitiva, el elemento típico bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos integra un elemento normativo de naturaleza cultural a valorar judicialmente.

Quinto. A la hora de integrar dicho elemento normativo, la STS 1403/1988 de 6 de junio, ya advertía que los Tribunales habrán de atenerse con la mayor prudencia y cautela a aquellos criterios que aparezcan como más objetivos, según el común sentir de la colectividad y, a ser posible, como manifiestamente notorios e indiscutibles y siempre inspirándose en el espíritu del conjunto normativo regulador de la materia de que se trate.

Es decir, que corresponde otorgar la máxima protección al patrimonio histórico, cultural y artístico, pero para determinar su contenido, deben evitarse particulares consideraciones, y acudir a elementos o valores que configuran la normativa administrativa en esta materia. La propia STC 181/1998, resume la doctrina jurisprudencial de esta Sala Segunda sobre el art. 323, en este particular, de este modo: la protección penal se dispensa respecto de los que, con calificación formal o sin ella, integran el ámbito objetivo del Patrimonio Histórico Español, conforme éste es configurado por la citada Ley 16/1985. En modo alguno, sin embargo, que los bienes dañados hayan sido declarados como bienes de interés cultural, pues tal pretensión supone la incorporación al tipo penal de un requisito adicional, no previsto en la norma que lo configura.

Este prudente criterio permitió denegar valor artístico a una bancada, un órgano, y un adorno de escayola, sin mayor especificación y sin excesivo valor material en la STS 932/2016; así como a edificio descrito meramente como «casa montañesa de construcción antigua compuesto de planta baja, primer piso, solana en la fachada principal y cobertizo añadido» en la STS 654/2004, resolución que indica que tales datos, a pesar de hallarse la casa dentro del perímetro de conjunto histórico artístico de Alceda, son insuficientes para poder afirmar que nos encontramos ante un bien «de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental» conforme lo exige este art. 323; cuando ni siquiera se precisa la fecha de la antigüedad ni se concreta ninguna fotografía de la construcción derribada, ni aparece informe pericial que aporten datos complementarios que ilustraran sobre el valor cultural de estas casas montañesas.

Mientras que la sentencia 3564/1991, de 12 de noviembre, fundamenta este valor en que se trata, de tallas únicas que datan del siglo XVIII, incorporadas al retablo mayor de la iglesia de Santiago Apóstol de Trespuentes (Álava), descritas en el «Catálogo Monumental de la Diócesis de Vitoria»; y su existencia secular, formando parte del conjunto mencionado, trasciende a la memoria colectiva, constituyendo parte del patrimonio global, histórico, cultural y artístico de la nación.

Y la sentencia 1403/1988 de 6 de junio, lo predicaba de bienes que se hallaban colocados en las vitrinas de un museo en el que habían sido ubicados porque sus especiales peculiaridades les hacía dignos de ser objeto de conservación y exposición pública por tener un especial interés para los estudiosos en la materia, por lo que es

indudable, que con independencia del valor crematístico que los mismos pudieran tener, no llegaron al lugar en el que se encontraba por azar o mero capricho, sino que acontece con todos los objetos que se exhiben en los museos, después de haber sido examinados y clasificados por los expertos o peritos en la materia y reputados dignos de ser conservados y expuestos al público por su valor histórico y cultural.

(...) El artículo 323 del Código Penal, cuando establece como elemento típico que el daño recaiga sobre bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental (o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos), remite a un elemento normativo cultural, para cuya valoración el juzgador debe atender a elementos o valores que configuran la normativa administrativa en esta materia; sin necesidad de que ese bien previamente haya sido administrativamente declarado, registrado y/o inventariado formalmente con ese carácter, pues no es exigencia prevista en la norma y no satisfaría adecuadamente el mandato del artículo 46 CE.

(STS 641/2019, de 20 diciembre)

## ARTÍCULO 329 CP

*Prevaricación urbanística: alcalde y a la vez director contable de empresa no se abstiene en la votación por la que se aprobó el otorgamiento de la licencia de obras y de la licencia de actividades a la citada empresa, siendo el acuerdo conforme a derecho, sin que el hecho de no abstenerse motive la comisión del delito al no existir resolución injusta.*

El artículo 329 del Código Penal comprende dos conductas típicas activas, como son informar favorablemente a la concesión de licencias manifiestamente ilegales por autorizar actividades que realizarían el delito medioambiental, y votar o resolver a favor de la Concesión de licencias manifiestamente ilegales; y dos omisivas, como son, silenciar en la actividad inspectora la existencia de infracción de normativa administrativa de carácter medioambiental, y no realizar las inspecciones obligatorias.

En este sentido, expresábamos en la citada sentencia que, cómo delito de infracción de un deber, éste queda consumado, en la doble modalidad de acción o comisión por omisión, cuando se ignora o desatiende la aplicación de la legalidad convirtiendo su actuación en expresión de su libre voluntad, y, por tanto, arbitraria.

Los informes, al igual que las votaciones, deben ser favorables a la concesión de licencias manifiestamente ilegales en cuanto posibilitan autorizar la realización de actividades contaminantes aun cuando no quiere la afectación efectiva del medio ambiente.

En el tipo subjetivo se requiere que la conducta se haya realizado a sabiendas o «a sabiendas de su injusticia». En caso de desconocerse la injusticia de la resolución, si la conducta es idónea para «provocar» la realización de conductas que afectan al equilibrio de los sistemas naturales y se ha infringido un deber de cuidado elemental, cabría condenar por participación o autoría accesoria en el delito medioambiental imprudente.

Como en el delito de acción genérica, en el artículo 404 del Código Penal, es necesario que la autoridad o funcionario público realice un acto que suponga una absoluta incompatibilidad con el ordenamiento jurídico y con los principios que lo inspiran. En este sentido la sentencia de esta Tribunal núm. 723/2009, de 1 de julio de

2009 establece que no toda resolución administrativa ilegal es arbitraria por el mero hecho de resultar contraria a las disposiciones del ordenamiento jurídico. De esta forma, es necesario de la actuación sea manifiestamente arbitraria, esto es, carente de justificación alguna mediante interpretaciones que tengan cabida en el ordenamiento jurídico.

Conforme reiteradamente viene señalando esta Sala, para que pueda apreciarse prevaricación administrativa, no basta la mera ilegalidad a este respecto. No existen estos delitos cuando la resolución correspondiente es sólo una interpretación errónea, equivocada o discutible, como tantas veces ocurre en el ámbito del derecho; se precisa una discordancia tan patente y clara entre esta resolución y el ordenamiento jurídico que cualquiera pudiera entenderlo así por carecer de explicación razonable. Es decir, la injusticia ha de ser tan notoria que podamos afirmar que nos encontramos ante una resolución arbitraria. También es reiterada la doctrina sobre lo que debe entenderse por el contenido de la injusticia o arbitrariedad, que puede provenir tanto en la absoluta falta de competencia del funcionario o autoridad, en la inobservancia de alguna norma esencial del procedimiento, o en el propio contenido sustancial de lo resuelto (sentencia núm. 723/2009, de 1 de julio).

La apreciación de la prevaricación ambiental ha de quedar ceñida a aquellos casos en los que se dé una resolución administrativa completa y patentemente arbitraria (sentencia núm. 916/12, de 28 de noviembre).

(...) Conforme reiterada doctrina de esta Sala, (SS. núm. 723/2009, de 1 de julio y 189/2008, de 25 de abril y auto de 17 de febrero de 2010) el incumplimiento de un deber legal de abstención, por sí sólo, no genera el presupuesto fáctico del tipo penal de la prevaricación. Resolver de otra forma, supone la persecución penal de una autoridad (municipal) sin la clara constancia y existencia del elemento normativo del tipo, que es la ilegalidad patente de la resolución administrativa, al punto que debe ostentar el carácter de arbitraria, pero con perspectiva de fondo de la cuestión resuelta administrativamente.

(...) Por ello, la ausencia de abstención no integra por sí sola la injusticia manifiesta que exige el tipo penal objeto de análisis teniendo en cuenta que el expediente aparece, en principio, correctamente tramitado y que ninguna medición de ruidos superaba los valores establecidos por la legislación vigente, pues no otra cosa puede deducirse de los hechos considerados probados por el Tribunal.

(STS 258/2019, de 22 mayo)

## ARTÍCULO 399 BIS CP

*Falsedades: clonación de las bandas magnéticas de las tarjetas de crédito y débito, utilizando un dispositivo conectado al datáfono denominado «skimmer»; concurso medial con delito continuado de estafa: autor e inductor en la misma persona.*

Este delito castigado con pena de entre 4 y 8 años de prisión fue introducido por la LO 5/2010 al otorgar un tratamiento autónomo a las conductas relacionadas con la falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viajes, desligándolo así, señala la doctrina, del establecido para la moneda falsa, a la que aquéllas estaban asimiladas, y erradicando algunos problemas que provocaba dicha equiparación. Por ello, la doc-

trina apunta que estos delitos surgen de la protección intermedia que se le otorga a las tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje, como medio de pago, en relación a su distinta eficacia, situándolas entre las monedas y los documentos mercantiles. Anteriormente, se equiparaban a la moneda, equiparación que desaparece con la reforma introducida por la LO 5/2010.

Hasta la reforma del año 2010 la doctrina había cuestionado y criticado su falta de tratamiento autónomo, apuntando que el comercio con estos instrumentos, generalizado en los bancos a partir de los años setenta del siglo XX, alcanzó de inmediato un enorme nivel en el conjunto de la actividad económica. Sin embargo, su extensión no había llevado aparejado, en paralelo, un tratamiento legal autónomo del mismo. No existía, a nivel estatal o comunitario, una norma general reguladora de tales métodos de pago, sino que su regulación se distribuía entre normas heterogéneas destinadas a dotar de seguridad jurídica a los actos económicos que se desarrollan a través suyo. Entre estas normas, son de especial relevancia la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, la Ley 7/1995 de Crédito al Consumo, o la Recomendación 97/489/CE, todas ellas dictadas al amparo del criterio de la flexibilidad normativa. Pero era preciso un tratamiento autónomo, como el ahora reflejado en el tipo penal.

Por ello, tras su regulación tipificadora en los arts. 399 bis y 400 apunta la doctrina sobre este tipo penal que el objeto material del delito de las distintas modalidades delictivas contempladas en el artículo 399 bis CP, se restringe a:

Tarjetas de crédito, emitidas por una entidad financiera o de crédito autorizada, por las que se autoriza a los titulares a realizar operaciones sobre una línea de crédito.

Tarjetas de débito emitidas por entidad financiera o entidad autorizada que operan directamente sobre el saldo de la cuenta corriente a la que esté vinculada dicha tarjeta.

Cheques de viaje, emitidos por entidades bancarias, financieras o grandes compañías turísticas, consisten en títulos valores a nombre de la persona que los firma en el momento de la emisión, y se hace efectivos en otra entidad financiera o como medio de pago en establecimientos mercantiles.

De esta manera se excluye las demás tarjetas utilizadas como medio de pago, como las tarjetas monedero, las tarjetas recargables o de prepago que no sean de crédito o débito y los documentos mercantiles de pago como cheque, pagaré o letra de cambio que se englobarían dentro de los delitos de falsificación de documento mercantil.

En efecto, como destaca la doctrina especializada con respecto al «alcance típico» de este precepto ahora analizado, resulta que hay que reparar en la restricción que supone el hecho de que el art. 399 bis CP menciona exclusivamente las «tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje», excluyendo a «las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago», que previamente contemplaba el art. 387 CP. Con esta acotación del objeto material parece difícil que puedan incluirse en el art. 399 bis CP medios de pago que dudosamente caben en el concepto de tarjetas de crédito o débito, como las tarjetas de centros comerciales, las de transporte o las de teléfono; algunas de ellas, caracterizadas por ser pre-pago, ya se entendían excluidas de la falsificación de moneda por la Consulta 3/2001, de 10/V, de la FGE. De acuerdo con lo apuntado, estamos ante una restricción del ámbito típico, cuyo sentido debe hallarse en el hecho de que las operaciones ilícitas con las tarjetas excluidas no presentan potencialmente el grado de lesividad que afecta, cuando menos, a las de crédito y débito. Desde ese punto de vista, las actividades criminalizadas en el art. 399 bis CP, cuando tengan por objeto aquellas otras tarjetas, quedan en el seno de los tipos de falsedad documental (documento mercantil), lo que ya sucedía con objetos como

bonos de transporte, bonos de gasolina, cheques-regalo, cheques que no son de viaje, letras de cambio, pagarés, etc. Con todo, no puede obviarse que esta opción del legislador a la hora de acotar el objeto material del delito genera consecuencias prácticas no menores, habida cuenta de las notables diferencias de penalidad que presentan el tipo de falsedad en documento mercantil (prisión de 6 meses a 3 años y multa de 6 a 12 meses, *ex art.* 392 CP) y los del art. 399 bis. 1 y 2 CP (prisión de 4 a 8 años, en su modalidad básica)

Con ello, tras la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, se elimina la equiparación existente entre las tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje y la moneda, dejando de considerarlas como tal y pasando a tener su protección propia e intermedia en el artículo 399 bis CP, debido a la distinta eficacia como medio de pago, situándose entre la moneda y los documentos mercantiles como letras de cambio o cheques, como medio de pago. Con ello, hay que destacar que la descripción de las conductas típicas (alterar, copiar, reproducir o falsificar de cualquier otro modo) que realiza el art. 399 bis.1 CP parece tendencialmente afortunada, en la medida en que, yendo más allá de los comportamientos de falsificación mediante copia o reproducción, permite incriminar hechos de fabricación o creación *ex novo* y de alteración, que es especialmente frecuente.

De esta manera, la tipificación de estos hechos con el detalle que se ha realizado era una aspiración y una necesidad que se plasmó en el año 2010, ante la proliferación de conductas como la ahora reseñada y el difícil recorrido investigador de los grupos que se organizaban y organizan para atacar la integridad de la tarjeta de crédito o débito causando un serio daño a toda la cadena comercial y personal, ya que se ataca a la economía del sujeto pasivo, quien momentáneamente ve extraído de su cuenta el importe del gasto, se ataca a la entidad bancaria que debe resarcir al perjudicado el importe de la suma distraída, o el gasto llevado a cabo con la compra realizada con la tarjeta alterada, y, por último, y lo que es más importante, se pone en riesgo y juego el mercado financiero con la introducción en el comercio de sistemas de adquisición de bienes con dinero de plástico falsificado, lo que con la falsificación de moneda de los arts. 386 y ss. CP provoca una grave afectación y ataque al sistema financiero y de compras con crédito por la cadena de perjudicados que introduce con su falsaria conducta.

Por este motivo, la doctrina destaca que, de este modo, el art. 399 bis.1.I CP in fine dispone que se impondrá la pena en su mitad superior «...cuando los efectos falsificados afecten a una generalidad de personas...». Esta mención, que fundamenta la agravación del marco de penalidad en consideraciones de desvalor de resultado, no resulta desconocida en el cuerpo legal vigente, toda vez que se emplea también en la regulación del delito masa o con sujeto pasivo masa del art. 74.2 CP, y debe tener la misma interpretación que en esta norma. Junto a ello, se apunta que el art. 399 bis.1.I CP establece un segundo subtipo cualificado, aplicable «... cuando los hechos se cometan en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades», en consonancia con la preocupación general de la reforma de dar una regulación adecuada a los casos en que los hechos delictivos se realizan por parte de organizaciones criminales (*vid.*, en particular, los nuevos arts. 570 bis y ss. CP). En el caso de los hechos de falsificación de tarjetas y cheques esta previsión resulta especialmente afortunada, toda vez que la complejidad técnica de buena parte de las conductas del art. 399 bis.1 CP determina que frecuentemente se realicen en el marco de organizaciones criminales en sentido estricto. De este modo, se supera la situación precedente, en la que la existencia de dichas estructuras sólo generaba, en su caso, la imposición de consecuencias accesorias a la organización, pero no, en principio, la cualificación de la pena impuesta a los responsables individuales.

Nótese con ello que frente a la facilidad de uso que provoca el manejo de las tarjetas de crédito o débito el riesgo de la introducción de sistemas de alteración, copia, reproducción o falsificación de las tarjetas exige de un férreo control por el sistema, a fin de evitar graves perjuicios en el sistema de mercado y en la confianza en el uso de este material por los usuarios. De este modo, con independencia de que las entidades bancarias que entregan a sus clientes estas tarjetas mejoren sus mecanismos de protección el legislador ha mejorado el sistema de persecución para tutelar los derechos e intereses de los perjudicados desde el directo perjudicado inicial hasta la entidad bancaria que no debe verse sometida a una situación de impunidad o de falta o ausencia de recobro de la suma que ha debido satisfacer a su cliente ante la comisión de un delito de las acciones contempladas en el art. 399 bis CP referidos, incluso, sancionando a las personas jurídicas por medio de las cuales actúen los autores en el propio art. 399 bis.1.2.º CP para derivar responsabilidad penal a las personas jurídicas en estos casos, de tal manera que las empresas, sobre todo las destinadas a la informática, deberían tener en su programa de compliance penal la referencia a la protección de la evitación de la comisión de estos hechos por sus directivos y empleados, o del uso de la empresa para favorecer la comisión de estos delitos, que tienen su máxima expresión en los tres tipos de los pagos en centros comerciales, el pago a través de redes informáticas y las conductas abusivas en cajeros automáticos.

Ya hemos adelantado anteriormente la cadena de perjuicios y perjudicados que provocan estas conductas, como la aquí declarada probada en este caso, lo que lleva a la doctrina a fiar esta secuencia al destacar que el titular de la tarjeta transmite a la entidad bancaria la deuda adquirida con el establecimiento comercial, estableciendo relaciones jurídicas dos a dos (titular-banco; titular-comercio; comercio-banco); sin embargo, lo más característico del sistema es que no se trata de una relación intuitu personae, puesto que la deuda nace y produce plenos efectos jurídicos aunque quien use la tarjeta no sea el titular. Esta clase de relaciones obliga al establecimiento de sistemas de seguridad eficaces en la transmisión de los datos y de las operaciones realizadas para mantener la confianza de los usuarios en el sistema, y, sobre todo, se persigue proteger la estabilidad de las transacciones comerciales. Con ello, un adecuado sistema de protección, control y evitación de este tipo de conductas tipificadas en el art. 399 bis CP permite una mayor fluidez de estas operaciones comerciales, mayor confianza en el comerciante en que quien utiliza la tarjeta es su titular y que quien le atiende no procederá al clonado de la tarjeta, y, lo que es más importante, que no podrá hacerlo. Sobre la relevancia de estas conductas, como las aquí probadas y admitidas, en el sistema financiero hay que señalar que las compras realizadas con tarjetas en 2018 en España alcanzaron casi los 4.000 millones de operaciones, por un valor superior a los 147.431 millones de euros lo que supone incrementos del 13,8% y del 9,1%, respectivamente sobre el año anterior, según consta en la 'Memoria anual sobre la vigilancia de las infraestructuras de los mercados financieros 2018' elaborada por el Banco de España. El informe también indica que en 2018 se registraron algo más de un millón de operaciones fraudulentas con tarjetas, por un importe de 88 millones de euros. Del total de operaciones fraudulentas, el 64% corresponde a fraude en compras realizadas en operativa remota, y el resto a TPV físicos (34%) y a cajeros (2%).

Y no se trata de que el comercio cobre en cualquier caso en el caso de comisión de estos delitos, porque al final el dinero entra en su cuenta corriente con la venta del bien, o que el titular de la tarjeta sea indemnizado por su banco, sino que éste último no tenga que asumir un volumen de pérdidas por esta metodología delictiva, y que, por ello, la informática pueda impedir este tipo de hechos, porque una proliferación

de estas conductas y la ausencia de mecanismos de control causa, como hemos apuntado, un relevante daño al sistema comercial, bancario y financiero de un país.

Se recoge, así, por la doctrina la gran cantidad de hechos que se están cometiendo relacionados con esta tipología y que se manifiestan en:

1. Falsificación de tarjeta bancaria.
2. Colocación de instrumentos electrónicos en cajeros automáticos que descifren los datos de tarjetas bancarias para su clonación.
3. Falsificación del documento que convierte al sujeto en titular de una tarjeta auténtica.
4. Falsificación de la firma que incorpora una tarjeta auténtica.
5. Uso ilícito de una tarjeta obtenida de forma legal.
6. Uso ilícito de una tarjeta falsificada.
7. Uso ilícito de una tarjeta ajena obtenida a través de un delito patrimonial.
8. Uso ilícito de una tarjeta obtenida a través de engaño realizado al emisor.
9. Uso de los datos de una tarjeta de crédito o débito a través de Internet.

Así pues, ante esta gran variedad de hechos relacionados con los procedimientos de autoría de alteración o de mero uso resulta evidente la gran afectación que tienen los clientes del sistema de uso de estas tarjetas y la necesidad de potenciar los medios de seguridad informática y de evitación de estas conductas.

Es, precisamente, el deterioro en la confianza en el sistema de uso de estos medios de pago electrónicos un daño evaluable que provocan estos hechos, y la propia sensación que padece el cliente al que le «han entrado en su cuenta corriente» efectuándole un cargo que no ha llevado a cabo.

Apunta la doctrina, también, que junto al tipo penal del art. 399 bis CP se debe destacar la tipificación del art. 400 CP para referirnos a la fabricación o tenencia de útiles para la falsificación de moneda y documentales, ya que se recoge en este art. 400 CP una disposición común a todos los delitos comprendidos en el Título, modificado por la LO 1/15, de 30 de marzo, como actos preparatorios elevados a la categoría de delito autónomo, donde se castiga la fabricación y tenencia de útiles para la falsificación de monedas y documentales. Y con ello, se tipifica la fabricación, la recepción, la obtención y la tenencia de instrumentos, sustancias, datos, programas informáticos, aparatos, elementos de seguridad y otros medios específicamente destinados a la falsificación. Se refiere a este tipo la doctrina como un delito común, de mera actividad, que castiga la mera disponibilidad de los medios detallados, sin que se requiera la puesta en funcionamiento, pero han de poseer la aptitud y cualidad para servir a la falsificación. Y como delito doloso requiere el dolo específico de destinarlo a la falsificación.

(STS 515/2019, de 29 octubre)

## ARTÍCULOS 404 Y 432.2 CP

*Caso Playa de Las Teresitas. Malversación de caudales públicos. Prevaricación: especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al entorpecimiento producido al servicio público: existencia.*

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido sosteniendo en relación a la redacción del art 432 vigente a la fecha de los hechos, que dicho delito se encuentra

presidido por el ánimo de lucro, ya sea propio o ajeno y en el presente caso la sentencia de instancia no puede llegar a afirmar que tal ánimo existiese.

(...) Ya hemos hecho referencia al dictado de la resolución arbitraria final que supone la formalización de la venta de los terrenos a sabiendas de la ilegalidad. Pero también hay que citar la Comisión Mixta de Urbanismo y Economía el 18 de julio 2001 aprueba por unanimidad el expediente, el Pleno Municipal el 23 de julio de 2001 aprueba por unanimidad el expediente y la ya citada de 18 de septiembre 2001, donde se firma ante notario el convenio y la escritura pública de compraventa.

Pues bien, a la hora de realizar un desarrollo de la doctrina jurisprudencial que relaciona ambos tipos penales por los que son condenados los recurrentes hay que recordar que esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 575/2007 de 9 Jun. 2007, Rec. 245/2006 señala que:

«Resulta evidente que el injusto que se castiga en el delito de prevaricación es bien diferente en el delito de malversación, ni puede considerarse que el delito de prevaricación lleve, en progresión delictiva, al delito de malversación. La sustantividad propia de ambas figuras delictivas, cuyos tipos objetivos en nada coinciden, impiden sustentar un concurso de leyes, en el que una de las conductas típicas abarque la totalidad de la significación antijurídica de la otra, por lo que ambos delitos pueden concurrir en concurso de delitos». Y ello, al objeto de poder llevar a cabo la condena conforme se ha plasmado en el fallo de la sentencia recurrida.

(...) Las conductas llevadas a cabo por los condenados son claramente prevaricadoras. Y, como ya dijimos en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 302/2018 de 20 Jun. 2018, Rec. 1215/2017 no se trata de que sea una mera cuestión administrativa a dilucidar ante los juzgados de lo contencioso-administrativo, sino que en este caso se debe aplicar la teoría de considerar necesario criminalizar el procedimiento administrativo seguido por los acusados, no tanto criminalizar el derecho administrativo en sí mismo.

La sentencia condenatoria del Tribunal no supone, por ello, criminalizar administrativamente la actuación de los recurrentes en un procedimiento administrativo, por cuanto estas conductas integran dos ilícitos penales claramente destacados, y con ello, su respuesta no queda al abrigo o amparo de la mera impugnación de un acto administrativo, al integrar los elementos de los tipos por los que han sido condenados.

(...) En consecuencia, podemos citar en relación a lo ocurrido la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 648/2007 de 28 Jun. 2007, Rec. 1293/2006 que señala «en el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Torrelaguna de 27 de Octubre de 1995, adoptado con los votos del Alcalde y Concejales recurrentes concurren los elementos configuradores del delito de prevaricación que ha sido el aplicado en este caso».

De esta sentencia se deduce la teoría del «voto consciente» y a sabiendas de su injusticia, por lo que solo quedarían incluidos en el tipo penal aquellos que conocieran o pudieron conocer la injusticia del acto, y este conocimiento concurría en los que fueron condenados por el Tribunal, ya que con su voto consciente contribuyen el dictado del acuerdo que es del que se deriva la adjudicación, cuando no se debió acudir a esta vía, sino a la del expediente de reclamación extrajudicial de crédito, y es la consciencia de la forma de acometer el acto y la decisión que se toma con la emisión del voto la que integran el delito del art. 404 CP. Y, además, el recurrente no fue un «extraneus». Como Concejal del Ayuntamiento que prestó su voto en la conformación del acuerdo prevaricador responde a la condición de funcionario público/autoridad al que se refiere el tipo penal, porque conocía lo ocurrido personalmente y votó a favor por el dolo de su conducta derivado de la exigencia del elemento subjetivo de la expresión «a sabiendas» del tipo penal».



Del mismo modo, ya señalamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 200/2018 de 25 Abr. 2018, Rec. 974/2017 que:

El delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación:

- 1.º) El servicio prioritario a los intereses generales.
- 2.º) El sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.
- 3.º) La absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 C.E.).

Por ello, la sanción de la prevaricación 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, 12 de diciembre de 2001 y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002, entre otras).

Como señala la doctrina jurisprudencial (Sentencias núm. 674/98, de 9 de junio y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002, entre otras) «el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona...».

El Código Penal de 1995 ha clarificado el tipo objetivo del delito, recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, al calificar como «arbitrarias» las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir como actos contrarios a la Justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho (Sentencias 61/1998, de 27 de enero, 487/1998, de 6 de abril o 674/1998 de 9 de junio y STS 1590/2003, de 22 de abril de 2004 caso Intelhorce).

Una Jurisprudencia reiterada de esta Sala (SSTS 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre, entre otras) ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario:

1.º) una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo; 2.º) que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal; 3.º) que la contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable; 4.º) que ocasione un resultado materialmente injusto; 5.º) que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho».

También como se dice en la STS 600/2014 del 3 de septiembre «el delito de prevaricación administrativa es el negativo del deber que se impone a los poderes públicos de actuar conforme a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Por ello el delito de prevaricación constituye la respuesta penal ante los abusos de poder que representan la negación del propio Estado de Derecho, pues nada lesiona más la confianza de los ciudadanos en sus instituciones que ver convertidos a sus representantes públicos en los vulneradores de la legalidad de la que ellos deberían ser los primeros custodios.

La arbitrariedad, como señala la STS 743/2013, de 11 de octubre, 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, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad, 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.

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, convertida en fuente de normatividad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable».

En cuanto al carácter de la arbitrariedad, hay que señalar que no cualquier infracción puede y debe llevarse al terreno del derecho penal, sino que es preciso individualizar cada caso para analizar el «grado de esa incorrección o incumplimiento» y su intención por el autor de la decisión.

Recuerda el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 63/2017 de 8 Feb. 2017, Rec. 1185/2016 la STS. 627/2006 de 8.6 en la que se dice que: La jurisprudencia de la Sala II, por todas STS de 2 de abril de 2003 y de 24 de septiembre de 2002, exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos («palmaria», «patente», «evidente» «esperpéntica», etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados.

En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (ver STS 647/2002) de la norma que no resulta ninguno de los modos o métodos con los que puede llevarse a cabo la hermenéutica legal. Dicho de otro modo, sin que pueda sostenerse bajo contexto interpretativo alguno una resolución al significado de la norma como la que se realiza por el autor, cualquiera que sea la finalidad de la misma, lo que se encuentra ausente del tipo, y que puede concursar, en su caso con otros preceptos del CP. STS. 284/2009 de 13.3.

En la sentencia del Tribunal Supremo 872/2016 de 18 Nov. 2016, Rec. 407/2016 se recoge en este punto de la adjetivación de la resolución que esa contradicción material entre la decisión y la legalidad se manifiesta cuando se vulnera la norma de forma patente y grosera o desborden la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso, o muestren una desviación o torcimiento del derecho tan clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal. Y también se ha establecido que se estará ante una resolución arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia cuando se incurra en un ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el art. 9.3 de la C.E., 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.

Y en cuanto al grado de la ilegalidad o arbitrariedad hay que decir que en muchos supuestos hemos señalado la relevancia en el análisis del caso del grado de la ilegalidad como piedra angular de su tipificación penal en orden a su arbitrariedad absoluta.

Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 125/2016 de 22 Feb. 2016, Rec. 875/2015 que «El argumento es, en esencia, que, estando a lo que consta en los hechos probados de la sentencia, resulta que la intervención de la alcaldesa no colma el presupuesto de manifiesta ilegalidad y arbitrariedad del acto administrativo, lo que impediría hablar de una resolución injusta en el sentido que reclama el precepto de referencia; porque para ello sería preciso que la actuación contemplada resultase del todo incompatible con la totalidad de las interpretaciones pensables de los preceptos legales que tendrían que haber sido objeto de aplicación».

Debe, pues, definirse el acto arbitrario e ilegal absolutamente para ser prevaricador y en este caso los hechos probados lo evidencian con sumo detalle, y debe puntualizarse que la motivación del Tribunal determina el carácter claramente arbitrario del iter seguido por los condenados para conseguir su fin por encima de todo, apartando los informes que no les interesaban, pese a haber sido encargados, e incluso, buscar denodadamente aquellos que les interesaban, definiendo las propias condiciones en las que se debía emitir el informe, lo que denota que se buscaban informes ad hoc para conseguir hurtar del control a la fiscalización municipal.

Incidiendo, además, en el elemento subjetivo, señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 63/2017 de 8 Feb. 2017, Rec. 1185/2016 que «es necesario que el autor actúe a sabiendas de la injusticia de la resolución. Los términos injusticia y arbitrariedad, como antes dijimos, deben entenderse aquí utilizados con sentido equivalente, pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de la injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución.

De conformidad con lo expresado en la citada STS núm. 766/1999, de 18 mayo, como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 del Código Penal vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del dolo (STS. 443/2008 de 1.7)».

Además, recordemos que la acción en el tipo penal del art. 404 CP 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:

1. Bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida.
2. Bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento.
3. Bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder –esto es la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada–, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, una intención torcida en la voluntad administrativa que el acto exterioriza, en definitiva una distorsión entre el fin para el que se reconocen las facultades administrativas por el ordenamiento jurídico y el que resulta de su ejercicio concreto, aunque el fin perseguido sea de interés público (STS. Sala 3.ª de 20.11.2009 y 9.3.2010).

Y en este caso ya destaca con suma claridad la Sala 3.<sup>a</sup> de este Tribunal Supremo que no se han respetado las normas esenciales del procedimiento. Y, además, no lo han sido con suma gravedad y dolo al ocultar los informes que le perjudicaban a los interesados en la valoración final del precio de la compraventa, y, por otro lado, no se ha utilizado el informe de valoración de funcionario público, circunstancia que se pretendía con la arquitecta municipal citada, y cuya completa declaración en el juicio, valorada por el Tribunal en el uso del privilegio de su intermediación conllevó a que manifestara de forma expresa y detallada todos los pormenores de la situación que pasó en este caso cuando, incluso, no pudo hablar de la realidad de lo que estaba ocurriendo. Pero lo que no quiso, pese a las presiones constatadas (prueba evidente de la irregularidad cometida) es ceder y ser partícipe del ilícito penal si confeccionaba un informe técnico a sabiendas de su incorrección e ilicitud. Ante su oposición los condenados optaron por seguir adelante con los informes que habían conseguido mutilando la realidad, y, finalmente, el Tribunal Supremo reflejó en su sentencia ya expuesta la infracción de las normas del procedimiento, y a sabiendas, como así se ha constatado de su irregular proceder con la ocultación de informes que les «perjudicaban» y presentación de los que les «beneficiaban» en su objetivo del beneficio a tercero y perjuicio correlativo de los caudales públicos.

Y en cuanto a la autonomía del derecho penal para intervenir en temas como el ahora sometido a consideración recordar que los supuestos donde se dan los delitos de prevaricación se ubican en materia administrativa, de ahí que en muchas ocasiones se oponga por las defensas que se debería dejar su tratamiento al derecho administrativo en materia de impugnación de actos.

Trata sobre ello el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 941/2009 de 29 Sep. 2009, Rec. 635/2008 al recoger que existe tal competencia y autonomía propia para decidir lo que es «asunto administrativo», pero trasladado al orden penal. Y a efectos del delito de prevaricación, no es suficiente con comprobar cuál es el orden jurisdiccional llamado a revisar esa actividad», defendiendo, por su parte, la tesis de «la autonomía del Derecho penal frente a las otras ramas del ordenamiento jurídico» para pronunciarse sobre el particular. Y, en este sentido, se dice que por «asunto administrativo» no han de entenderse los «asuntos regidos por el derecho administrativo», sino «todos los actos y decisiones realizados por autoridades o funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones con exclusión de los actos propiamente jurisdiccionales o legislativos».

Destaca el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 1887/2002 de 13 Nov. 2002, Rec. 304/2001 que «Reiteradamente hemos destacado estas exigencias precisamente para referenciar el límite entre el mecanismo de control jurisdiccional, la jurisdicción contencioso administrativa, y el orden jurisdiccional penal en el delito de prevaricación donde actúa, como principio básico, el principio de intervención mínima que ha de evitar que cualquier desviación o alteración de la actividad administrativa respecto a la ley pueda verse inmersa en un proceso penal».

Como recuerda la TS S 1417/1998, de 16 Dic., «las desviaciones de las normas administrativas tienen su corrector más adecuado en la esfera del Derecho administrativo que despliega una amplia cobertura y garantía para los administrados en general, por vía de reclamaciones en vía gubernativa y, eventualmente, en la jurisdicción contencioso-administrativa».

Delito de malversación de caudales públicos del art. 432 CP.

(...) Ello determina que la malversación se entienda cometida al extenderse a los supuestos de desvío de dinero, que se produce cuando se facilita a un tercero la apropiación o sustracción («se consiente que un tercero sustraiga», art. 432.1 CP, redacción vigente a la fecha de los hechos). Y no solo se circunscribe el ilícito penal a

cuando la autoridad o funcionario público se apropia de los caudales públicos, sino en una actividad tendencial a que sea beneficiario un tercero, como aquí claramente ha ocurrido, como se ha probado con la prueba practicada.

La comisión de la malversación de caudales públicos la refiere el Tribunal con acierto a los distintos casos siguientes:

- a. Supuestos de contratación en los que el pago por la administración no tiene como contrapartida la recepción real de prestación o servicio alguno.
- b. La adquisición de productos o servicios que no sirven al interés público y que, desde la perspectiva del concepto personal de patrimonio utilizado por la jurisprudencia, generan un evidente perjuicio.
- c. O los supuestos de compras con sobreprecio.

Estas circunstancias se han dado en el presente caso, como se ha explicado con detalle en los Fundamentos jurídicos precedentes.

(...) En cuanto a la concurrencia de la malversación de caudales públicos recordamos en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 214/2018 de 8 May. 2018, Rec. 10311/2017 (y STS 841/2013 de 18 Nov. 2013, Rec. 1075/2012) que se recogen los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal, a saber:

«Elementos objetivos de la malversación:

- a) La cualidad de autoridad o funcionario público del agente, concepto suministrado por el C.P, bastando a efectos penales con la participación legítima en una función pública.
- b) Una facultad decisoria pública o una detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material.
- c) Los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquéllos por funcionario legitimado, sin que precise su efectiva incorporación al erario público; y
- d) Sustrayendo –o consintiendo que otro sustraiga– lo que significa apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo. Se consuma con la sola realidad dispositiva de los caudales.

Elemento subjetivo:

- e) Ánimo de lucro propio o de tercero a quien se desvía el beneficio lucrativo (STS 558/2017, de 13 de julio).

El elemento subjetivo lo integra el ánimo de lucro del sustractor o de la persona a la que se facilita la sustracción. En el tipo subjetivo, es suficiente el dolo genérico, que comprenderá el conocimiento de que los objetos sustraídos pertenecen al Estado, a las Administraciones, o se hallan depositados, secuestrados o embargados por la Autoridad Pública, constituyendo, por tanto, tales objetos, caudales o efectos públicos (STS 545/1999, 26 de marzo).

La concurrencia de tales elementos típicos ha de ponerse en relación con el relato fáctico, dada la intangibilidad del mismo. Y del que hemos descrito por referencia al fijado por el Tribunal es evidente que los mismos concurren en el presente caso.

(...) Existe una cierta relación de medio a fin entre el delito de prevaricación y el delito de malversación que se declaran probados: las actuaciones arbitrarias que se declaran probadas, desde la manipulación del expediente administrativo, elaboración de una memoria de contenido mendaz o la votación favorable al Convenio y la com-

praventa sirvieron como instrumento que hizo posible la comisión del delito de malversación, es decir, el pago de un sobreprecio en la compraventa y la transferencia de aprovechamientos sin causa. Desde esta perspectiva, ambos delitos tendrían que ser castigados como un concurso medial de delitos (art. 77.1 inciso final CP; con relación a la naturaleza medial del concurso entre malversación y prevaricación, cfr. SSTS 25-11-2016, 3-9-2014, o 21-5-2012).

(STS 163/2019, de 26 marzo)

## ARTÍCULOS 544 Y 545.1 CP

*Caso Procés. Independencia de Cataluña. Sedición: movilizar a miles de personas para obstruir el registro judicial del Departamento de Economía de la Generalitat e impedir su desarrollo por los funcionarios encargados y no cumplir las órdenes del TSJ de Cataluña y del TC sobre la prohibición de celebración del referéndum enfrentando de forma frontal y masiva a una multitud contra los agentes que pretendían impedir su celebración.*

En el ámbito del tipo objetivo, el alzamiento tendencialmente dirigido a la comisión del delito de rebelión exige como presupuesto que éste sea público y violento.

La violencia constituye, por tanto, un elemento esencial del tipo. El legislador emplea un adjetivo –violento– para describir la acción típica que integra el alzamiento del art. 472 del CP. Sin embargo, sin necesidad de recurrir a interpretaciones jurisprudenciales históricas que han espiritualizado al máximo esa expresión –hasta identificarla con la violencia sobre las cosas, *vis in rebus*–, lo cierto es que en el código penal, el uso ordinario del adjetivo «violento» comprende, no solo acciones que se proyectan sobre las personas, con exigencia de un contacto físico, sino también la violencia compulsiva, equivalente a la intimidación grave. El empleo de violencia psíquica no puede descartarse como elemento integrante del delito de rebelión. No postulamos una interpretación analógica llamada a subsanar deficiencias de técnica legislativa que pueden alentar la crítica por una hipotética infracción del principio de taxatividad. Se trata, simplemente, de atender al fin de protección del tipo penal, que autoriza una conclusión que abarque en la incriminación sublevaciones planeadas de forma incruenta pero intimidatoria o alzamientos que no llegan a consumir su objetivo y que no realizan actos de violencia física de cierta entidad.

Quienes discrepan de esta interpretación, invocan como argumento que cuando el legislador quiere abarcar, no solo la violencia física, sino también la intimidatoria, lo hace de forma expresa en el correspondiente tipo penal, hasta el punto de incluir una referencia explícita y alternativa a la violencia, la intimidación y las amenazas (cfr. arts. 144, 172.bis, 179.11, 180, 181, 183.2 y 4c), 187, 188.2, 202, 203, 232, 237, 242, 243, 245, 268, 284, 311.4o, 455, 464, 469, 470, 489, 490, 403, 498, 504, 522, 523, 550, 554.2 y 3, 557, 607.bis.9, 616.ter del CP).

Sin embargo, la existencia de preceptos con una alusión a medios ejecutivos alternativos no permite concluir que, siempre y en todo caso, cuando el legislador emplea el término «violentamente», está excluyendo la violencia compulsiva. El simple significado gramatical del adjetivo «violento» incluye en sus distintas acepciones una referencia a la violencia compulsiva. Y lo que es más importante, coexisten otros preceptos que avalan la interpretación extensiva que sostiene la Sala.

(...) Pues bien, la existencia de hechos violentos a lo largo del proceso de secesión ha quedado suficientemente acreditada.

(...) Pero no basta la constatación de indiscutibles episodios de violencia para proclamar que los hechos integran un delito de rebelión. Resolver el juicio de tipicidad respondiendo con un monosílabo a la pregunta de si hubo o no violencia, supone incurrir en un reduccionismo analítico que esta Sala –por más que se haya extendido ese discurso en otros ámbitos– no puede suscribir. La violencia tiene que ser una violencia instrumental, funcional, preordenada de forma directa, sin pasos intermedios, a los fines que animan la acción de los rebeldes. El Fiscal sitúa los primeros antecedentes del movimiento que califica como rebelde en el año 2012. Dibuja un período de cinco años hasta la aprobación, en septiembre de 2017, de las leyes de transitoriedad jurídica y referéndum. La creación de una legalidad paralela, concebida para la inobservancia de la Constitución de 1978, el anuncio de la celebración del referéndum, su fecha y la pregunta que iba a ser sometida a la consideración del electorado, son anteriores a los actos paradigmáticos de violencia, que se sitúan en los días 20 de septiembre y 1 de octubre del mismo año. Se trataría, por tanto, de actos de culminación de un proceso, no de actos instrumentales para hacer realidad lo que ya era una realidad. Esta afirmación no persigue minusvalorar el significado jurídico de esos actos violentos y multitudinarios de oposición al cumplimiento de las resoluciones judiciales. Solo busca ajustar el análisis de la estructura del delito de rebelión a las exigencias propias de un derecho penal filtrado por los principios que informan nuestro sistema constitucional.

No solo hemos recordado la necesidad de que la violencia sea instrumental, preordenada a los fines del delito. Hemos dicho también que ha de ser funcional. Y es en este punto donde topamos –todavía en el ámbito del tipo objetivo– con otro obstáculo para la afirmación del juicio de tipicidad. Hablamos, claro es, de la absoluta insuficiencia del conjunto de actos previstos y llevados a cabo, para imponer de hecho la efectiva independencia territorial y la derogación de la Constitución española en el territorio catalán. Dicho con otras palabras, es violencia para lograr la secesión, no violencia para crear un clima o un escenario en que se haga más viable una ulterior negociación.

Referencia obligada para calibrar la verdadera existencia del delito de rebelión es el bien jurídico protegido por el art. 472 del CP. Se trata de un delito contra la Constitución. No bastará, por tanto, cualquier tipo de vulneración de la previsión constitucional para que el comportamiento alcance el grado de ofensividad adecuado a las exigencias de proporcionalidad que reclama la pena prevista. El riesgo proscrito ha de concernir al núcleo esencial del sistema democrático que la Constitución instaura y garantiza. Desde luego, la secesión territorial, sin la previa reforma del texto constitucional alcanzaría ese rango de relevancia penal típica.

Es, por tanto, con la referencia a dicho bien jurídico como ha de valorarse si el comportamiento es efectivamente funcional para crear potencialmente un riesgo para ese bien jurídico. La efectiva potencialidad de los actos del autor es la línea que diferencia el comportamiento penalmente relevante de la mera difusión de un discurso que postule una opción política integrada por cualquiera de las finalidades del artículo 472 del Código Penal y, en particular, con la secesión territorial del Estado. El delito surge cuando se pasa de la expresión política del deseo de aquellas metas o, si se quiere, de la defensa teórica de su excelencia, a la procura activa de su consecución. Pero de tal manera que sea inequívoca la objetiva adecuación ex ante entre los actos y el objetivo penalmente relevante.

Y el plus de ilicitud de ese objetivo deriva de los modos de comportamiento típicos: alzamiento público y violento. Hemos apuntado supra que, conforme a su significado estrictamente gramatical, «violento» equivale, según el diccionario de la RAE, a uso de la fuerza para conseguir un fin, especialmente para dominar a alguien o

imponer algo. Incluso en la sistemática del Código Penal la voz «violencia» se usa en sentido más amplio que el acotado como agresión o fuerza física (cfr. arts. 170, 173.2 o 515.2). El tipo exige que ese comportamiento tumultuario y violento se vincule directamente con la obtención de la finalidad típica. Como ya hemos apuntado, los hechos probados describen momentos de obstrucción a la ejecución de las decisiones jurisdiccionales en los que, aun tildados de violentos, la fuerza o, si se quiere, la agresión no era funcional para el logro directo de la finalidad típica, sino para hacer viable el objetivo perseguido por los acusados. La violencia penalmente relevante del delito de rebelión es solamente aquella que se vincula al tiempo de producirse directamente con el objetivo que constituye la finalidad típica.

Se ha dicho que la rebelión es un delito solamente sancionado si fracasa. Desde una perspectiva de coherencia dogmática, esa calificación sitúa el tipo en el terreno de los «intentos» tomados en consideración por la ley penal como modalidades anticipadas de consumación. Lo que, correlativamente supone la exclusión de relevancia penal en los casos, si no de ineficiencia, sí de inidoneidad o ineficacia considerable, ya *ex ante*, que impediría afirmar que se ha colmado la exigencia típica de dar principio a la ejecución.

Bastó una decisión del Tribunal Constitucional para despojar de inmediata ejecutividad a los instrumentos jurídicos que se pretendían hacer efectivos por los acusados. Y la conjura fue definitivamente abortada con la mera exhibición de unas páginas del Boletín Oficial del Estado que publicaban la aplicación del artículo 155 de la Constitución a la Comunidad Autónoma de Cataluña. Este hecho determinó a algunos de los procesados a emprender repentina huida. Los acusados que decidieron permanecer –ya sea por decisión personal, ya por la efectividad de las medidas cautelares de prisión que fueron adoptadas– desistieron incondicionalmente de la aventura que habían emprendido. Es más, desde el primer momento se aplicaron con normalidad las previsiones de aquella norma constitucional, en los términos autorizados al Gobierno de España por el Senado.

Pese al despliegue retórico de quienes fueron acusados, es lo cierto que, desde la perspectiva de hecho, la inviabilidad de los actos concebidos para hacer realidad la prometida independencia era manifiesta. El Estado mantuvo en todo momento el control de la fuerza, militar, policial, jurisdiccional e incluso social. Y lo mantuvo convirtiendo el eventual propósito independentista en una mera quimera. De ello eran conscientes los acusados. El Estado actuó, por tanto, como único depositario de la legitimidad democrática para garantizar la unidad soberana de la que aquella emana.

Desde la perspectiva de la dogmática penal, el delito de rebelión es calificado como delito de consumación anticipada. La previsión de la especificidad típica de una concreta finalidad en los actos llevados a cabo por el autor permite construir el tipo penal de tal suerte que se adelanta con el mismo la barrera protectora que supone la sanción penal. El momento de la consumación se anticipa respecto de la eventual obtención de lo que era finalidad del autor. Lo que ha llevado a un sector de la doctrina a situar estos delitos en la categoría que se denomina delitos de resultado cortado. Como ya tuvimos ocasión de apuntar en la resolución que puso término a los artículos de previo pronunciamiento promovidos por las defensas, el resultado se proyecta sobre el juicio de relevancia típica de los actos del autor, pero sin exigencia de que su materialización se haya logrado. Ciertamente el de rebelión no constituye un delito que exija la lesión del bien jurídico que el tipo busca proteger, a saber, la Constitución española como garantía de valores y principios democráticos, o la integridad territorial del Estado español. La tipicidad surge desde la puesta en peligro de tales bienes jurídicos. Pero ese riesgo –insistimos– ha de ser real y no una mera ensoñación del autor o un artificio engañoso creado para movilizar a unos ciudadanos que creye-



ron estar asistiendo al acto histórico de fundación de la república catalana y, en realidad, habían sido llamados como parte tácticamente esencial de la verdadera finalidad de los autores. El acto participativo presentado por los acusados a la ciudadanía como el vehículo para el ejercicio del «derecho a decidir» –fórmula jurídica adaptada del derecho de autodeterminación– no era otra cosa que la estratégica fórmula de presión política que los acusados pretendían ejercer sobre el Gobierno del Estado.

Es claro que los alzados no disponían de los más elementales medios para, si eso fuera lo que pretendían, doblegar al Estado pertrechado con instrumentos jurídicos y materiales suficientes para, sin especiales esfuerzos, convertir en inocuas las asonadas que se describen en el hecho probado. Y lo sabían.

El tipo penal de rebelión, como delito de peligro, no puede circunscribirse al mero voluntarismo del autor. Un sistema jurídico democrático solamente puede dar una respuesta penal a comportamientos efectivamente dañosos de los bienes jurídicos mecedores de una tutela de esa naturaleza o, cuando menos, que impliquen un riesgo efectivo para su lesión. Así lo exige de forma irrenunciable el principio de ofensividad. 13. 3.– La quiebra de los elementos del tipo objetivo del art. 472 del CP sería, por sí sola, suficiente para excluir esa calificación jurídica. Una violencia –que existió y como tal la hemos declarado probada– que no pueda calificarse como funcional, preordenada o instrumental, no colma las exigencias típicas del delito por el que el Fiscal y la acusación popular formulan acusación. Pero más allá incluso de la conclusión a la que conduce el análisis de los elementos del tipo objetivo, el examen del tipo subjetivo aboca a la misma solución.

La finalidad del proyecto de los acusados no era vincular a sus actos de manera directa la efectiva instauración de un régimen jurídico como el diseñado en las decisiones parlamentarias reflejadas en las leyes 19 y 20 de 2017. Se pretendía en realidad convencer a un tercero, el Gobierno democrático de España, para que negociara con el Govern de la Generalitat el modo de acceder a la independencia de una parte del territorio español respecto de España.

(...) Los acusados sabían, desde el momento mismo del diseño independentista, que no existe marco jurídico para una secesión lograda por la simple vía de hecho, sin otro apoyo que el de una normativa de ruptura constitucional que pierda su eficacia en el instante mismo de su publicación. Los acusados sabían que un referéndum sin la más mínima garantía de legitimidad y transparencia para la contabilización de su resultado, nunca sería homologado por observadores internacionales verdaderamente imparciales. Eran conscientes, en fin, de que la ruptura con el Estado exige algo más que la obstinada repetición de consignas dirigidas a una parte de la ciudadanía que confía ingenuamente en el liderazgo de sus representantes políticos y en su capacidad para conducirlos a un nuevo Estado que solo existe en el imaginario de sus promotores.

(...) Los actos llevados a cabo tenían, en efecto, una finalidad de persuasión del Gobierno español. La derogación de la vigencia de la Constitución española, que se circunscribiría solo al territorio catalán, tendría como condición sine qua non otros actos protagonizados determinadamente por terceros, –el Gobierno español– distintos de los actos del proceso ejecutados por los acusados. Éstos reforzarían su estrategia con el apoyo de la movilización ciudadana a la que convocaron insistentemente, por más que desde el engañoso mensaje de que el resultado de su participación sería vinculante para la vanamente prometida independencia.

Resulta así excluido un elemento subjetivo esencial del tipo penal imputado en las acusaciones, a saber, que la independencia y derogación constitucional sean la verdadera finalidad procurada como efecto directo del alzamiento que es presupuesto del tipo. Los hechos probados dejan constancia de que los acusados eran conscientes

de la ilicitud del proceso que venían impulsando, no solamente por los objetivos finales, sino también por los medios diseñados en su desafiante estrategia persuasora.

Aunque el método fuera solo configurado para doblegar políticamente la voluntad del Gobierno de España –lógicamente contraria a los objetivos últimos de secesión–, incluía una iniciativa referendaria de patente ilegalidad, que hacía objetivamente previsible la altísima probabilidad de que se produjeran incidentes violentos. Aquella ilicitud en la realización de los diversos actos, se puso de manifiesto en las decisiones del Govern de la Generalitat, en los acuerdos parlamentarios y en los modos de actuación a que se convocó a los ciudadanos, que han sido descritos en el hecho probado. Ilícitud que declaró sistemática y reiteradamente el Tribunal Constitucional y que dio lugar a actuaciones jurisdiccionales ordenadas por el Juzgado de instrucción núm. 13 de los de Barcelona y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Pero también deriva del hecho probado la disimulada certeza de los acusados, ocultada a la ciudadanía convocada, de que en ningún caso se accedería a la pretendida secesión territorial sin el asentimiento del Gobierno legítimo de (toda) España. Y de que su proclamación, sin este asentimiento, solo entraba en el plan de los acusados de una manera políticamente aparente, pero sin efectos jurídicos reales y apreciables.

No puede desconocerse por tanto que esa buscada intervención de sujetos que ostentaban el poder institucional legítimo del Estado español y que eran diversos de los sedicentes conjurados, constituiría, de conseguirse, una interrupción del nexo causal entre su comportamiento y la independencia deseada. En efecto, la buscada intervención del Gobierno español, voluntaria por más que fruto de la persuasión, impediría el regreso al comportamiento de los acusados como causa normativa de la independencia y de la derogación constitucional deseada. En consecuencia, las decisiones que implicasen la secesión, prescindiendo de la cuestión de su legitimidad, no les sería imputable objetivamente a los acusados convirtiéndoles en autores del delito de rebelión.

Todo lo anterior conduce inexorablemente a la absolución de los acusados respecto del atribuido delito de rebelión.

La no concurrencia del delito de rebelión nos obliga a un análisis ponderativo de la posible calificación de los hechos como constitutivos de un delito de sedición, tesis acusatoria formalizada por la Abogacía del Estado y ya también presente desde la querrela del Fiscal.

La exclusión del delito de rebelión como propuesta final para el juicio de subsunción se produce, como venimos razonando, por la ausencia de una violencia instrumental, ejecutiva, preordenada y con una idoneidad potencial para el logro de la secesión. Pero también, de modo especial, por la falta de una voluntad efectiva de hacer realidad alguno de los fines establecidos en el art. 472 del CP. Quiebra así la estructura del tipo, tanto en su dimensión objetiva como subjetiva. El descarte de la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de rebelión es el obligado desenlace de su análisis contextual. Es también el resultado del examen de su debilidad instrumental para conseguir la independencia. Pero, sobre todo, es el efecto de la valoración de las declaraciones de los procesados y testigos en el plenario. Unos procesados que, al mismo tiempo que presentaban el referéndum del día 1 de octubre como expresión del genuino e irrenunciable ejercicio del derecho de autodeterminación, explicaban que, en realidad, lo que querían era una negociación directa con el Gobierno del Estado. Es insalvable la contradicción en que incurre quien se dirige a la ciudadanía proclamando que ha accedido a su propio espacio de soberanía e inmediatamente deja sin efecto la declaración de independencia para volver al punto de partida y reclamar, no la independencia, sino la negociación con un ente soberano del que afirma haberse desgajado, aunque solo temporalmente durante unos pocos segundos.

Como hemos apuntado *supra*, la defensa política, individual o colectiva, de cualquiera de los fines enumerados en el art. 472 del CP –entre otros, derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución o declarar la independencia de una parte del territorio nacional– no es constitutiva de delito. Pero sí lo es movilizar a la ciudadanía en un alzamiento público y tumultuario que, además, impide la aplicación de las leyes y obstaculiza el cumplimiento de las decisiones judiciales. Esa es la porción de injusto que abarca el art. 544 del CP. Ambos preceptos se encuentran en una relación de subsidiariedad expresa. No podemos, en fin, hacer nuestro un mal entendido principio de insignificancia, que reconduzca a la total impunidad comportamientos que, inútiles para las finalidades determinantes del tipo de rebelión, satisfacen las previsiones de otros tipos penales, como en este caso, el delito de sedición. 16. 2.– Conforme al art. 544 del CP, «son reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales».

Añade el art. 545: 1. Los que hubieren inducido, sostenido o dirigido la sedición o aparecieren en ella como sus principales autores, serán castigados con la pena de prisión de ocho a diez años, y con la de diez a quince años, si fueran personas constituidas en autoridad. En ambos casos se impondrá, además, la inhabilitación absoluta por el mismo tiempo.

2. Fuera de estos casos, se impondrá la pena de cuatro a ocho años de prisión, y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años. 17. 3 Este Tribunal ya ha puesto de relieve la similitud entre la estructura típica de este delito y el de rebelión (cfr. STS 3 de julio de 1991). Sin embargo, la doctrina, pese a antiguas consideraciones de la sedición como una rebelión en pequeño, advirtió pronto de que la sedición no es sin más una rebelión en pequeño. Aunque en ambas ha de estar presente tanto la colectividad de la autoría como una cierta hostilidad en el medio para los respectivos fines de los autores. La dogmática ha subrayado –en un renovado interés por estos delitos, no siempre objeto preferente de atención académica– que la ubicación sistemática es un primer reflejo de la diversidad del bien jurídico protegido por ambos delitos. Tras la regulación del Código Penal de 1995, la rebelión encabeza el Título XXI del Libro II del Código Penal, donde se ubican los «Delitos contra la Constitución», mientras que la sedición abre su Título XXII, en el que se reúnen los «Delitos contra el orden público». Lo que es coherente con la diferencia de fines perseguidos por los respectivos autores. En efecto, en el delito de rebelión, los rebeldes persiguen los fines descritos en el artículo 472, que atañen a elementos esenciales del sistema constitucional –la Constitución, la Corona, las Cámaras legislativas, la unidad territorial, el Gobierno o la obediencia a éste de las fuerzas armadas–. Los sediciosos, por el contrario, limitan su afán al impedimento u obstrucción de la legítima voluntad legislativa, gubernativa o jurisdiccional –la aplicación de leyes, el ejercicio de funciones por autoridad, corporación oficial o funcionario público, o el cumplimiento de sus acuerdos, resoluciones administrativas o judiciales–.

Emparentada por la rúbrica del título de ubicación, la sedición difiere de otras figuras típicas de menor relevancia penal por la finalidad lesiva del sujeto sedicioso, como es el caso de los delitos de desórdenes públicos, alojados en el Capítulo II del mismo Título XXII. El genérico concepto de orden público no es de pacífica configuración en la doctrina ni en la literatura del propio código penal. Suele recurrirse a conceptos de seguridad en un sentido material como presupuestos de pacífica convivencia, reflejo de principios inderogables de alcance constitucional que, en todo caso, deben diferenciarse de la mera tranquilidad pública. Se trataría, en fin, de la protec-

ción penal del normal funcionamiento de las instituciones y servicios públicos, del ejercicio por las autoridades gubernativas y judiciales de sus funciones –siempre de acuerdo con los principios democráticos que confieren legitimidad a su actuación– y del conjunto de condiciones que permiten el normal desarrollo de la vida ciudadana en el marco convivencial de la organización democrática del Estado.

La diversidad de tipos incluidos en el Título XXII –desórdenes públicos, atentados, resistencia, desobediencia tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, organizaciones y grupos criminales y terrorismo– y la gravedad de la respuesta penal asociada a algunos de ellos, constituyen un óbice a ese reduccionismo en la configuración del bien jurídico protegido. De hecho, algunos de los delitos de terrorismo alojados bajo la rúbrica de delitos contra el orden público exigen un elemento tendencial, encaminado a «... subvertir el orden constitucional» (*cf.* art. 573.1.1 CP). Son preceptos, por tanto, que desbordan los reducidos límites del concepto de orden público concebido como bien jurídico autónomo. Todo ello ha llevado a diferenciar el orden público de otros conceptos como el de paz pública, que permitiría construir un bien jurídico identificable con el interés de la sociedad en la aceptación del marco constitucional, de las leyes y de las decisiones de las autoridades legítimas, como presupuesto para el ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales. E incluso a negar la funcionalidad taxonómica del concepto de orden público que se ve comprometido en la práctica totalidad de delitos, hasta el punto de que se ha visto en ese enunciado una cláusula puramente formal, que exige acudir, en cada caso concreto, al interés protegido en los distintos tipos penales incluidos bajo su ámbito.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de esa diferencia. Decíamos en la STS 1154/2010, 12 de enero, que «... se ha discutido si la noción de orden público es coincidente con la de paz pública. A pesar de su proximidad y de las dificultades para su distinción, ésta resulta obligatoria. (...) Las definiciones han sido variadas, pero puede entenderse que la paz pública hace referencia a la normalidad de la convivencia con un uso pacífico de los derechos, especialmente los derechos fundamentales, mientras que el orden público se refiere al funcionamiento normal de las instituciones y de los servicios. De esta forma podría decirse que la paz pública puede subsistir en condiciones de un cierto desorden, aun cuando al concebir éste como un elemento de aquella, una grave alteración del mismo conllevaría ordinariamente su afectación. En este sentido, en la STS 987/2009, 13 de octubre, se precisaba que: «tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de esta Sala distinguen entre orden público y paz pública, en el sentido de que aquel es el simple orden en la calle, en tanto que la paz pública, concepto más amplio se integraría por el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y en definitiva la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia (...) y por tanto permiten el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas» (*cf.* SSTS 865/2011, 20 de julio, 987/2009, 13 de octubre y 1622/2001, 21 de septiembre).

Criterio específico es el de la estructura típica del concreto comportamiento penado. Atiende el legislador a la entidad de la lesión o riesgo generado para el bien jurídico. No es equivalente para el legislador la sedición y el atentado o el mero desorden. La desobediencia clásica y simple es un delito muy distinto a la sedición. Pero la sedición es un aliud y no meramente un plus o un minus. Implica conductas activas, alzamiento colectivo, vías de hecho, despliegue de resistencia. La concreta gravedad del delito de sedición radica en su especificidad típica respecto de los otros tipos de la rúbrica. La sedición no alcanza a toda turbación de la paz o tranquilidad pública.

Aunque sea dudosa la exigencia –no siempre ausente en la jurisprudencia–, de una específica finalidad política o social, será necesario que afecte a la colectividad interesada en la efectividad de las funciones a que hicimos referencia.

En definitiva, el principio de proporcionalidad propio del derecho penal democrático exige valorar si el tumulto imputado a los autores pone efectivamente en cuestión el funcionamiento del Estado democrático de derecho. Así lo impone, no solo la vigencia de los principios que informan la aplicación del derecho penal en nuestro sistema constitucional, sino la necesidad de no incurrir en perturbadoras interferencias entre el ámbito típico del delito de sedición y otras respuestas del derecho administrativo sancionador, que miran a formas de obstrucción no encajables en el tipo penal descrito en el art. 544 del CP (*cf.* art. 36.4 de la LO 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana). 18. 4.– Desde la perspectiva de la actividad delictiva, la sedición, como la rebelión, se caracteriza por no ser cometida mediante un solo acto sino por la sucesión o acumulación de varios. Son delitos plurisubjetivos de convergencia, en la medida en que su comisión exige una unión o concierto de voluntades para el logro de un fin compartido. No son delitos simples sino compuestos. No necesariamente complejos, es decir integrados por actos cada uno de ellos delictivo. Los actos cuya conjunción constituye el tipo penal pueden aisladamente no ser delictivos. Y si lo son, como en el caso del mero desorden, no impide la punición separada, a salvo cuando venga absorbido por el alzamiento sedicioso.

Más allá de la mera actuación en grupo, la sedición exige como medio comisivo el alzamiento tumultuario y tiene la finalidad de derogar de hecho la efectividad de leyes o el cumplimiento de órdenes o resoluciones de funcionarios en el ejercicio legítimo de sus funciones. No faltan propuestas doctrinales que propugnan una interpretación actualizada de ese alzamiento público, que abarque la interconexión, de miles de personas que pueden actuar de forma convergente, sin presencia física, a través de cualquiera de los medios que ofrece la actual sociedad de la información.

La mera reunión de una colectividad de sujetos no es, sin más, delictiva. El delito surge cuando, además de ser tumultuaria y pública, acude como medios comisivos a actos de fuerza o fuera de las vías legales, para dirigirse con potencial funcionalidad a lograr que las leyes no se cumplan o que se obstruya la efectividad de las órdenes o resoluciones jurisdiccionales o administrativas.

Resulta obligado subrayar que la descripción típica no anuda al alzamiento público, presupuesto compartido con el delito de rebelión, su expresa caracterización como violento.

La sentencia de esta Sala, dictada con fecha 10 octubre 1980, al analizar la regulación del entonces artículo 218 del Código Penal, además de interesantes referencias históricas y de derecho comparado, resalta su forma colectiva y tumultuaria de alzamiento, calificándola como una infracción de actividad o de resultado cortado. También lo califica como delito de tendencia pues, por una parte, el alzamiento ha de encaminarse necesariamente a la consecución de alguno de los objetivos señalados en los cinco números del art. 218 citado –hoy 544– y, por otra, el alzamiento, por sí solo, consume el delito aunque no se hayan logrado los fines propuestos. Pero se requiere que el alzamiento se encamine a la consecución de los fines indicados por la fuerza. Y ese precedente –no se olvide, referido a un precepto carente ya de vigencia– equipara la fuerza al empleo de dos modos ejecutivos que pueden operar de forma alternativa: a) modos violentos – violencia absoluta o compulsiva– que pueden recaer, tanto sobre las personas como sobre las cosas –vis física o vis in rebus–; b) modos fuera de las vías legales, es decir, que se desarrollan de manera ilícita, ilegítima o ilegal y no a través de recursos o procedimientos de reclamación, protesta, disenso o de disconformidad que la ley permita, arbitre o prescriba.

Aquella sentencia –cuya valor hermenéutico es más que limitado, al referirse a un artículo previgente– advertía que el modo violento no era solamente la agresión física sobre las personas. En el plano dogmático, cobra aquí especial valor el discurso argumental de una penalista –escrito y publicado con la misma solvencia técnica con la

que asumió en el plenario la defensa de uno de los acusados – que, siguiendo autorizados criterios doctrinales, razonaba que la expresión «tumultuario» no puede tener otra significación que la de «abierta hostilidad, y adiona un contenido de hostilidad y violencia que no tiene por qué ser física ni entrañar el uso de la fuerza, como expresa la alternativa modal entre ésta o «fuera de las vías legales», pero que ha de vivificarse necesariamente en actitudes intimidatorias, amedrentatorias, injuriosas, etc.». Solo así –según razonando– puede deslindarse «... la sedición de la pacífica oposición colectiva a la ejecución de las leyes o al ejercicio de la función pública fuera del sistema legal de recursos o procedimientos de reclamación o de disconformidad que la ley arbitre o prescriba».

La Sala hace suyo este razonamiento.

La descripción del tipo previsto en el art. 544 del CP –si se descartan otras interpretaciones voluntaristas– incluye una alternativa en la descripción del alzamiento público y tumultuario. En efecto, éste puede ejecutarse «por la fuerza o fuera de las vías legales». Quienes entienden que, pese a esa redacción en términos alternativos, la exigencia de violencia en el delito de sedición es inherente al vocablo «alzamiento», se apartan del significado gramatical de esa palabra. En las veinticuatro acepciones que el diccionario de la RAE asocia a la voz «alzar» o «alzarse», ninguna de ellas se vincula de modo exclusivo al empleo de violencia. Tampoco respalda esa tesis el significado gramatical del vocablo «tumultuario».

El alzamiento, por tanto, se caracteriza por esas finalidades que connotan una insurrección o una actitud de abierta oposición al normal funcionamiento del sistema jurídico, constituido por la aplicación efectiva de las leyes y la no obstrucción a la efectividad de las decisiones de las instituciones. Pero no es una exigencia que la actuación de grupo sea ajena a patrones organizativos, pudiendo desenvolverse conforme a concretas especificaciones estratégicas prediseñadas. 19. 5.– La consumación debe establecerse atendiendo a la naturaleza del tipo penal como de resultado cortado, en similares términos a los expuestos en relación con la rebelión. Lo que exige una funcionalidad objetiva, además de subjetivamente procurada, respecto de la obstaculización del cumplimiento de las leyes o de la efectividad de las resoluciones adoptadas por la administración o el poder judicial.

El impedimento tipificado no tiene pues que ser logrado efectivamente por los autores. Eso entraría ya en la fase de agotamiento, más allá de la consumación. Pero, ni siquiera en cuanto finalidad de los autores tiene que ser pretendido por todos ellos de manera absoluta. Basta que se busque obstruir o dificultar en términos tales que resulte funcional para el objetivo de disuadir de la persistencia en la aplicación de las leyes, en la legítima actuación de la autoridad, corporación pública o funcionarios para el cumplimiento de sus resoluciones administrativas o judiciales. Porque esa pretensión disuasoria implica en sí misma una voluntad de impedir definitivamente, siquiera aplazada en el tiempo.

Los contornos del delito de sedición –otra cosa sería probablemente la violencia que caracteriza a la rebelión– quedan cubiertos cuando del simple requerimiento a quienes permanecían aglomerados y compactados se pasa al necesario intento de anular su oposición. También cuando los agentes tienen que claudicar y desistir de cumplir la orden judicial de que son portadores ante la constatada actitud de rebeldía y oposición a su ejecución por un conglomerado de personas en clara superioridad numérica. A este formato responden los casos más numerosos, a la vista de que en casi todos los colegios se personaron los agentes de los Mossos de Esquadra. Igual significación penal hay que atribuir al anuncio por los congregados de una determinada actitud de oposición a posibilitar su actuación, incluso mediante fórmulas de resistencia –si se quiere, resistencia no violenta por acoger la terminología de la prueba pericial pro-

puesta (...)-. Esa negativa, en ese escenario, aunque no se diese un paso más, es por sí sola apta e idónea para colmar las exigencias típicas del delito de sedición.

El derecho a la protesta no puede mutar en un exótico derecho al impedimento físico a los agentes de la autoridad a dar cumplimiento a un mandato judicial, y a hacerlo de una forma generalizada en toda la extensión de una comunidad autónoma en la que por un día queda suspendida la ejecución de una orden judicial. Una oposición puntual y singularizada excluiría algunos ingredientes que quizás podrían derivarnos a otras tipicidades. Pero ante ese levantamiento multitudinario, generalizado y proyectado de forma estratégica, no es posible eludir la tipicidad de la sedición. La autoridad del poder judicial quedó en suspenso sustituida por la propia voluntad –el referéndum se ha de celebrar– de los convocantes y de quienes secundaban la convocatoria, voluntad impuesta por la fuerza.

Esas vías de hecho –fuera de las vías legales señala el art. 544 CP– vienen conformadas también por los casos en que los agentes de la autoridad –los Mossos en la mayoría de las ocasiones– se ven conminados por una aglomeración de personas impermeable a cualquier requerimiento, venga de los agentes o venga de la autoridad judicial, para desistir de su intento de cumplir la orden judicial y han de claudicar en su objetivo, de forma vergonzante, resignada o en algunos supuestos casi complaciente. Han quedado evidenciados episodios de auténtica complicidad que se deducía claramente de algunas imágenes y escenas, complicidad y casi connivencia motivadas quizás por la coincidencia ideológica o por la seguridad de que de esa forma podían granjearse el aplauso y beneplácito de esos ciudadanos rebeldes o de los responsables políticos. En todos los centros de votación se repitió la negativa verbalizada de forma vehemente en un escenario de rechazo mostrado por un numeroso grupo de personas que bloqueaban la entrada y se mostraban decididos y firmemente determinados a no franquearla, pese al requerimiento judicial.

Hay que apostillar que el delito de sedición ya consumado no puede ser borrado por actuaciones posteriores de terceros. La tipicidad de unos hechos no se difumina por los denunciados excesos policiales que, para su debido tratamiento jurisdiccional, están siendo objeto de investigación en otros órganos judiciales. Se trata de denuncias y procesos diferentes, colaterales y, por tanto, no decisivos a efectos de la calificación penal que se proclama en esta sentencia.

(STS 459/2019, de 14 octubre)

## ARTÍCULO 571 CP

*Organización y grupos terroristas: delito formal o de mera actividad. Constituir una organización que asumía los principios y conceptos del ideario del DAESH y Al Qaeda con la finalidad de llevar a cabo actos de terrorismo tanto en el extranjero, por medio del envío de personas a Siria para combatir junto al Estado Islámico, como en territorio nacional, asumiendo las funciones operativas y actuando como elemento aglutinador, dinamizador y de formación del conjunto de personas que integran el grupo.*

Varias cuestiones deben ser destacadas en el análisis del tipo penal del art. 571 CP, actual art. 572 CP:

1. El dolo. En estos casos ya hemos señalado que el dolo de este delito exige tres requisitos:

a) el sujeto debe ser consciente de su condición de miembro del grupo; b) debe saber que utiliza unos medios o tiene unos fines que van encaminados a los fines que establece el artículo 571 (actual 572) y c) debe ser consciente de la ilicitud de su conducta.

2. Delito formal o de mera actividad. El delito de integración en organización criminal es un delito formal o de simple actividad que se consume con la mera «perpetración», sin necesidad de ningún otro acto, lo que en otro caso, daría lugar a otra infracción (STS 54/1998, de 23 de enero).

Es decir, el delito de integración en organización terrorista no se consume cuando en el desarrollo de su actividad se comete algún otro delito, sino desde que se crea el grupo u organización con una de las finalidades expresamente tipificadas, esto es, la comisión de delitos, o atentar contra el orden constitucional o la paz pública

No era preciso, pues, en el presente caso que se llevara a cabo una actuación delictiva, sino que el tipo penal ya se cometía y se destacaba la subsunción del hecho en el art. 571 CP de la redacción vigente al momento de los hechos, en tanto en cuanto con la mera actividad de «promoción, constitución, organización o dirección» de la organización o grupo terrorista se entendería cometido el delito, graduándose la pena en razón a la decisiva participación de los integrantes.

3. Actuaciones previas de captación y de integración en el grupo. El objetivo del grupo se enraíza en integrar a personas con el mismo ideario, así como intercambiarse información para conseguir una «integración intelectual y psicológica» incrementando el odio al occidente considerándolo como el enemigo al que hay que abatir. Y así consta en la numerosa documentación que se ha intervenido en las diligencias de entrada y registro llevadas a cabo.

4. No se trata de una cuestión de libertad ideológica o de pensamiento, sino de la traslación de un ideario criminal. Es decir, no se trata de despreciar las ideas de los demás utilizando medios violentos, sino de que existe un pensamiento radical compartido que llega a traspasar el umbral de lo lícitamente permitido por la libertad de criterio para llegar a una impregnación del odio a occidente y la plasmación de un ideario que pasa por la actividad terrorista.

(STS 104/2019, de 27 febrero)

## ARTÍCULO 575 CP

*Terrorismo, adoctrinamiento pasivo: realizar las conductas por sí mismo de adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas u otras similares con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo delitos de terrorismo.*

Debemos recordar que el artículo 575 del Código Penal prevé en el apartado 1 una finalidad del acto típico caracterizada por la obtención de «capacidad» para cometer delitos de terrorismo. Pero, a continuación, subdivide en dos los ámbitos en los que aquella capacidad puede operar: el adoctrinamiento y el adiestramiento. Diferenciación que recogen los instrumentos internacionales, a los que el legislador remite



como motivo de la reforma por Ley Orgánica 2/2015, diferenciando una y otra modalidad de capacidad.

2. En cuanto a la relevancia penal del autoadoctrinamiento (y del autoadiestramiento) esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de exponer extensamente la falta de cobertura en los instrumentos internacionales mencionados en el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2015 de las modalidades de adoctrinamiento pasivo y de autoadoctrinamiento del art. 575.1 y 2 CP, y la necesaria interpretación restrictiva de estas conductas típicas para posibilitar su subsistencia sin quebranto del derecho a la libertad ideológica y del derecho a la información. (STS 354/2017)

Pese a las referencias del Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2015, a la Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU 2178 (24/9/2014) y a la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la UE, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de tales instrumentos no deriva el tipo penal que nos ocupa. La resolución 2178 del Consejo de Seguridad de la ONU no contempla el autoadoctrinamiento. Tampoco en las citadas Decisiones Marco de la UE.

La Directiva de la UE 2017/541, en vigor desde 20 de abril de 2017, con plazo de transposición hasta septiembre del próximo año, tampoco recoge esta figura del adoctrinamiento de uno por sí mismo. El Consejo de Europa lo rechaza incluso de manera explícita. El listado de delitos contemplados en el Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (STCE n.º 196), hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, ratificado por España por Instrumento de 23 de febrero de 2009 (BOE núm. 250, de 16 de octubre de 2009), se incrementa en el Protocolo Adicional al Convenio del Consejo de Europa para la prevención del terrorismo (STCE n.º 217), hecho en Riga el 22 de octubre de 2015, firmado pero no ratificado por España, que entra en vigor para los Estados Parte, el 1 de julio de 2017, en el que se incluye «recibir adiestramiento con fines terroristas» si bien dejando en libertad a los Estados firmantes para decidir sancionar las modalidades de autoadiestramiento.

En la STS 354/2017, que también es citada por el recurrente, recordábamos que «respecto del adoctrinamiento, sólo se contempla en una concreta modalidad activa del mismo, el «reclutamiento con fines terroristas» entendido como el hecho de incitar a otra persona a cometer o participar en la comisión de delitos terroristas, o a unirse a una asociación o a un grupo para contribuir a que éstos cometan uno o varios delitos terroristas, pero se evitan expresamente el reclutamiento pasivo y las de autoformación ideológica, conforme admite el Informe explicativo del Protocolo en su apartado 31, pues durante las deliberaciones para su redacción, se hizo evidente que la penalización de la conducta «pasiva» («hacerse reclutar para el terrorismo») crearía problemas en algunos sistemas legales y encontrar una definición adecuada de «hacerse reclutar para el terrorismo» que comprendiera un comportamiento suficientemente «activo» también presentaba serias dificultades».

Antes de la reforma del 2015, ya dijo esta Sala en STS 503/2008, de 17 de julio, en el apartado 4, que: «La acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas. La libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada. Incluso, en el momento actual y en la mayoría de los países democráticos, es posible la defensa de tesis que propugnen la sustitución del sistema democrático por otro sistema político que no lo sea. La condición esencial es que esa defensa se lleve a cabo a través de vías admisibles en democracia. Esto excluye las vías y medios violentos. Salvo los casos de apología del terrorismo o provocación al delito, incluso la mera expresión de ideas violentas, sin otras finalidades, no es todavía un delito. Puede justificarse, en función de las circunstancias, y siempre con respeto al principio de proporcionalidad, una investigación, un control policial e incluso una restricción temporal de algunos derechos

individuales, como por ejemplo, el derecho al secreto de las comunicaciones, en la medida en que tal forma de expresarse representa un indicio razonable de la existencia de un peligro, constituido por la posibilidad cierta de que algunos de los que participan de una u otra forma en la expresión o en la difusión de tales ideas puedan avanzar hacia la acción, o de que ya lo hayan hecho, lo que generalmente se traduce en el primer paso para la constitución de un grupo más o menos organizado orientado al favorecimiento en una u otra forma, o incluso a la ejecución directa de actos terroristas.

Consecuentemente, para afirmar la existencia de una banda armada, grupo u organización terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o acusados sostienen, y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida.

Es preciso acreditar que quienes defienden esas ideas, convirtiéndolas en sus fines, han decidido imponerlas a los demás mediante medios violentos, como ya se ha dicho, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y aterrorizar a la población. Dicho de otra forma, es preciso establecer que, desde la mera expresión y defensa de unas ideas, han iniciado de alguna forma, incluso con la decisión efectiva de llevarlo a cabo, su paso a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos, individualmente y como grupo.

Tal cosa puede manifestarse de múltiples formas, aunque a efectos penales siempre será preciso algún hecho verificable y significativo, que acredite al menos el inicio de acciones encaminadas a la obtención de medios idóneos para el logro efectivo por ellos mismos o por terceros de aquella finalidad, o bien que ya han procedido de alguna forma, mediante acciones de captación, adoctrinamiento o apoyo, suministro de efectos, sustento ideológico o en cualquiera otra de las muy variadas formas en que tal clase de cooperación puede manifestarse, a colaborar con quienes ya desarrollan efectivamente tales actividades, se preparan para hacerlo o ya lo han hecho.

No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción.»

3. Debemos ahora establecer los elementos del tipo penal imputado a los acusados (artículo 575.2 del Código Penal) en el concreto aspecto alegado en el recurso de apelación del Ministerio Fiscal «adoctrinamiento pasivo», o adoctrinarse los acusados a sí mismos, único delito que en el recurso expresamente imputa el recurrente a los acusados. Por lo que no procede analizar cualquier otra forma que se encuentre fuera del citado tipo penal, como el adoctrinamiento activo o el autoadiestramiento.

El citado delito ha sido minuciosamente analizado por esta Sala en nuestra sentencia 734/2017, de 15 de noviembre, en la que se hace constar que «El adoctrinamiento pasivo, consistente en la recepción de doctrina, resulta estructurado, conforme al citado artículo 575.2 del Código Penal, por los siguientes elementos:

A) Objetivamente el sujeto activo que lleva a cabo la conducta típica es el mismo destinatario de los efectos que constituyen su finalidad. Dice el apartado 2 del artículo 575 que las actividades previstas en el apartado anterior el autor las lleve a cabo por sí mismo.

La actividad consiste en recibir 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).

Una de las posibles modalidades de esa recepción ocurre cuando el autor acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas.

También comete el tipo el que adquiera o tenga en su poder determinados documentos, sin exigencia en este caso de habitualidad.

Supuestos que el n.º 2, párrafos segundo y tercero del citado artículo 575 enumeran como ejemplos y no como descripción exhaustiva.

B) En ese tipo de acción se incluye, además, un elemento subjetivo cuya ausencia hace la acción penalmente insignificante: la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo (terrorismo).

Como dijimos en la reciente STS 661/2017, de 10 de octubre, el elemento subjetivo del injusto, expresamente requerido, es diverso y contiene un elemento teleológico redoblado; de forma que el acceso habitual a internet o la adquisición o tenencia documental debe ser con la finalidad de capacitarse, donde el logro pretendido de tal aptitud, a su vez, ha de ser para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo.

Esa doble finalidad debe concurrir en los accesos a servicios de comunicación como resulta de la exigencia de que los contenidos de éstos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

Y cuando la conducta consista en adquirir o poseer determinados documentos, la antijuridicidad se acota con este mismo elemento subjetivo: que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

Constituye la finalidad de tales accesos, adquisición o posesión, lo que algún sector de la doctrina denomina la intencionalidad objetiva o, más amplia y tradicionalmente, «elementos subjetivos del tipo». Es de subrayar la dificultad de su constatación o la especificidad de los criterios al efecto. Ha de admitirse una cierta objetivación al respecto en la medida que el significado atribuido a los actos del sujeto deriva más de la acción misma, de su sentido exteriorizado, que de la intención subjetiva del autor, de la que, pese a ello, no cabe prescindir.

En todo caso la afirmación de su concurrencia es un ineludible requisito de la decisión de condena, y debe acomodarse al canon constitucional de presunción de inocencia.

C) La norma exige tales características de los contenidos en la red a la que se accede o en los documentos adquiridos o poseídos, de tal suerte que aquellas tienen que ser abarcadas por el conocimiento del autor que por ello lleva a cabo el voluntario acceso, adquisición o posesión. La exigencia de ese componente finalístico del comportamiento determina que, en lo que se refiere a la denominada por algún sector doctrinal intencionalidad subjetiva, solamente quepa admitir la modalidad dolosa. Esta intencionalidad subjetiva presupone la existencia de la conducta ya penalmente relevante.».

2. Dado que el delito se puede consumir, en esas específicas modalidades, desde el acceso a aquellos específicos contenidos o por la mera adquisición o posesión de los citados documentos, puede decirse que, al menos en tales hipótesis, cabe hablar de lo que viene conociéndose como adelantamiento de las barreras punitivas mediante la incriminación de actos preparatorios (de la capacidad) individuales. Se puede hablar incluso de actos protopreparatorio, si advertimos que, a su vez, la capacidad preparada también ha de vincularse inescindiblemente a una ulterior ejecución de delitos de terrorismo, sin cuya vinculación la auto capacitación sería atípica.

Es decir que el delito se entenderá cometido solamente si se puede constatar que ha existido un efectivo peligro o riesgo del bien jurídico que tutelan los delitos de terrorismo.

Lo que, si es un requerimiento no exento de dificultades cuando se trata del adiestramiento en capacidades operativas, constituye ardua labor cuando la conducta enjuiciada no rebasa la esfera del auto adoctrinamiento. Porque en ese caso la línea que separa la conducta típica de la de mera ilustración penalmente irrelevante es bien delgada. Tanto si ésta se procura profesionalmente como historiador o informador, cuanto si se busca por mera curiosidad. Casos todos ellos en que la ausencia de la concreta finalidad delictiva terrorista excluye toda tipicidad, incluso en casos de idoneidad objetiva de los contenidos a los que se accede o de los documentos que se adquieren.

3. La necesaria especificación del significado de la expresión típica nos obliga a acudir al contexto en el que adquiere sentido el término significante adoctrinamiento.

Ese contexto viene dibujado por las demás expresiones de la norma: la referencia teleológica (capacitarse para) a la comisión de delitos de terrorismo, o la exigencia de que los contenidos estén dirigidos o los documentos sean idóneos para incitar.

Pero también por las exigencias del principio de intervención mínima del Derecho Penal, especialmente cuando acude a modalidades típicas en las que la lesión del bien jurídico protegido no es inmediata, sino que se sanciona el riesgo sin exigencia del daño.

Para nuestro Diccionario adoctrinar es Enseñar los principios de una determinada creencia o doctrina, especialmente con la intención de ganar partidarios. Y doctrina es (ibidem) conjunto de ideas, enseñanzas o principios básicos defendidos por un movimiento religioso, ideológico, político, etc.

Es decir, que adoctrinar es algo más que enseñar o informar. Incluso más que inculcar o infundir en una persona una idea, un concepto, un sentimiento, etc., con ahínco. Tanto el que enseña como el que procura que se le enseñe lo han de hacer con una finalidad que es la de lograr la adhesión de éste, que más que discípulo pasivo (primera acepción en el diccionario de RAE), persona que recibe enseñanzas de un maestro o que sigue estudios en una escuela, deberá tratarse de un discípulo activo (segunda acepción ibidem) persona que sigue y defiende las ideas, doctrinas y métodos de un maestro.

4. Tales requerimientos del sentido de la norma penal en este delito, se traducen también en exigencias para el relato de hechos probados que deben predicar la concurrencia de la doble exigencia finalística añadida a las características de los contenidos accedidos, adquiridos o poseídos por el acusado.

Así no basta afirmar estas características de idoneidad o incluso «dirección» objetiva de contenidos y documentos, sino que debe afirmarse que el autor actuó, no solamente conociéndolas, sino que accedió, adquirió o poseyó voluntaria y conscientemente con una doble y sucesiva funcionalidad. La primera que aquello que conocía le afirmaba en su adhesión a la doctrina en que se enmarcaban los conocimientos reflejados en la red o los documentos y la segunda incitaba o estimulaba su voluntad hacia la ejecución de un delito de terrorismo, sea de transmisión de tales conocimientos a otros, sea de incorporación a grupos de esa naturaleza, sea de cooperación con ellos, sea de enaltecimiento de sus integrantes o sea de cualquier otro tipo de aquellos delitos.».

(STS 306/2019, de 11 junio)

## ARTÍCULO 577 CP

*Terrorismo. Actos de colaboración: diferencias con los meros actos de adhesión ideológica que pudieran considerarse como actos neutrales.*

Señala el recurrente que respecto a la expresión «No hay más Dios que Allah y Mohammad es su profeta» se entiende que se está conculcando la libertad religiosa proclamada en nuestra Constitución. Pero hay que incidir en que el acusado actuaba como defensor y difusor de la YIHAD violenta, y no en el legítimo derecho de profesar libremente su religión. No se trataba de que se estuvieran difundiendo o accediendo a contenidos religiosos, sino que se trataba de una conducta tipificada en el art. 577 CP. No se trata de una acción o mensaje aislado que bien puede el recurrente, o quien no lo desee, insertar en su perfil personal en redes sociales. Se trata de la comisión de delito tipificado en el art. 577 CP respecto a la incitación de conductas violentas.

A estos efectos, el Tribunal incide en que:

«La actuación desplegada por el acusado encaja, de lleno, en el tipo penal previsto en la redacción del artículo 577 en la redacción dada por LO 2/2015, de 30 de marzo sanciona al que «lleve a cabo, recabe o facilite cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una organización, grupo o elemento terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo». Y en interpretación auténtica, el propio código identifica como actos de colaboración, «la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos, y cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda a las actividades de las organizaciones o grupos terroristas, grupos o personas a que se refiere el párrafo anterior»; equiparándose a efectos punitivos la «actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo», así como el «adiestramiento o instrucción sobre la fabricación o uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre métodos o técnicas especialmente adecuados para la comisión de alguno de los delitos del artículo 573, con la intención o conocimiento de que van a ser utilizados para ello».

El precepto trata de evitar que las organizaciones terroristas puedan servirse de individuos que, sin estar incardinados en ellas, coincidan en facilitar el propósito de aquellas de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública. No se exige, por ello, una adhesión ideológica del colaborante con los postulados de la organización a la que presta soporte, ni tampoco que persiga determinados objetivos políticos o ideológicos, o que el sujeto pasivo de la acción se configure de una manera determinada, limitándose el precepto a proteger que la agrupación terrorista pueda verse aventajada o asistida en el desarrollo de sus métodos violentos, de suerte que el sólo conocimiento de que la acción desplegada puede posibilitar, favorecer o contribuir a alterar gravemente la paz pública, atemorizando a los habitantes de una población o a un colectivo social, satisface la esencia de la protección penal, siempre que el sujeto activo –como se ha dicho– no pertenezca a la banda armada, a la organización, o al grupo terrorista que resulta beneficiado en su objetivo».

No se trata, pues, que el recurrente lleve a cabo una conducta de unas ideas de contenido religioso, como propone, sino que los hechos probados describen otro tipo de conductas que ya han sido referidas, y con un claro objetivo de la promoción y facilitación de conductas violentas de terrorismo.

Cabe citar aquí la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 618/2008 de 7 Oct. 200, Rec. 10386/2008, que señala que «En cuanto a su invocación de la libertad de opinión y libertad religiosa, debemos recordar como dice el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no puede esgrimirse para cometer hechos delictivos».

(...) Lo relevante en este caso es distinguir con claridad la diferencia entre la mera adhesión ideológica a las ideas del DAESH y la YIHAD, y los verdaderos actos de colaboración que integran el tipo penal del art. 577 CP por el que es condenado el recurrente. Así pues, lo trascendente es determinar actos concluyentes de colaboración que tiendan a coadyuvar en los fines de la organización terrorista, y conseguir el propio significado que constituye su verdadero objetivo. Todo ello más allá de ser considerados actos de mera adhesión ideológica a una causa, con la categoría de ser verdaderos actos colaborativos que permitan seguir fomentando y positivizando que la organización cuenta con adeptos a la causa que mediante actos colaborativos eficaces auxilien al fondo nuclear de la actividad terrorista.

Los meros actos de adhesión ideológica no pasarían de ser, así, una mera manifestación de voluntad sobre los que habría que medir su alcance por sí podrían enmarcarse, luego, en un delito del art. 578 CP si se diera un paso más que la mera «adhesión». Se trata así de la realización de un acto de colaboración objetivamente idóneo ex ante para aportar alguna relevancia a las actividades de la organización terrorista, «sin necesidad de que se produzca el beneficio efectivo para la organización».

(...) Con ello, lo importante es que exista disponibilidad sobre la aportación para que se consuma el delito.

Ya expuso esta Sala del Tribunal Supremo en sentencia de 1 de octubre de 2007 que «el delito de colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista exige que la aportación sea objetivamente relevante, pero no que como consecuencia de ella se alcance el éxito pretendido. Es decir, basta que la acción sea potencialmente eficaz». Y en este caso entendemos que la aportación del recurrente adquiere suma relevancia en la descripción de las actividades informáticas llevadas a cabo.

De no ser relevante la aportación estaríamos hablando de actos neutrales en el fenómeno terrorista, que no son actos de colaboración que integran el tipo penal por el que es condenado el recurrente. Y para ello debemos recordar que esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 942/2013 de 11 Dic. 2013, Rec. 214/2013 viene a señalar al respecto que: «La distinción entre los actos neutrales y las conductas delictivas de cooperación puede encontrar algunas bases ya en los aspectos objetivos, especialmente en los casos en los que la aparición de los actos, aparentemente neutrales, tiene lugar en un marco de conducta del tercero en el que ya se ha puesto de relieve la finalidad delictiva. Dentro de estos aspectos objetivos se encuentra no solo la conducta del sujeto, aisladamente considerada, sino también el marco en el que se desarrolla. Y a ello ha de añadirse el conocimiento que el sujeto tenga de dicho marco. Pues resulta difícil disociar absolutamente aquellos aspectos objetivos de los elementos subjetivos relativos al conocimiento de que, con la conducta que se ejecuta, que es externamente similar a otras adecuadas socialmente por la profesión o actividad habitual de su autor, se coopera a la acción delictiva de un tercero».

El tipo penal objeto de condena, que es el art. 577 CP describe una serie de conductas que describen actos de colaboración con actividades o fines de una organiza-

ción terrorista. Y para ello, el precepto señala los que podemos desglosar en las conductas siguientes del apartado 1.º y 2.º:

1. Llevar a cabo, recabar o facilitar cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una organización, grupo o elemento terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo (apartado 1.º).

2. Llevar a cabo cualquier actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo.

Y, además, en el párrafo 2.º cumple el legislador la función de técnica legislativa de concretar lo que se entiende por actos de colaboración. Y para ello los relaciona de la siguiente manera: «Son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos, y cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda a las actividades de las organizaciones o grupos terroristas, grupos o personas a que se refiere el párrafo anterior.

Así, señala el Tribunal que «Con ello, se viene a sancionar cualquier comportamiento que intencionadamente favorezca de una manera significativa las graves acciones con las que el terrorismo golpea al grupo social. Y en esta línea, unos de los procederes que el legislador refleja expresamente como delictivo, es el de adoctrinar a otros, así como el comportamiento subsiguiente de captarlos o reclutarlos, esto es, se sancionan como delictivas aquellas actuaciones que aspiren a engrosar, o que permitan extender, el número de partidarios que la organización terrorista concita».

Pues bien, en concreto en los hechos probados se describe que el recurrente realizó auténticas actuaciones tenidas en cuenta como de actos de colaboración (...).

(...) No se trataba, pues, de meros actos de consulta, sino que su conducta se enmarcaba en una clara actividad de colaboración informática hacia el objetivo de captar adeptos a la causa terrorista de la Yihad con pretensión de captación y adoctrinamiento. De suyo, el Tribunal aprecia que cuando el recurrente lo ve factible es él quien entra en contacto con el agente encubierto al detectar un posible objetivo en su labor de «captar y adoctrinar» mediante información audiovisual previamente obtenida y con las finalidades antes citadas de, mediante la prestación de servicios tecnológicos, incrementar las cifras de adeptos a la causa terrorista.

De esta manera, mientras unos se dedican al terrorismo físico activista nos encontramos con otra rama del terrorismo con una metodología clara de actos colaborativos destinados a aumentar el número de terroristas de ejecución que son captados por el terrorista urbano, o al que también podríamos llamar terrorista individual informático o tecnológico, el cual lleva a cabo una actividad no menos importante y ejecutiva que el terrorista de campo combatiente directo.

De esta manera, el objetivo de la organización terrorista es contar con estos terroristas individuales que actúan desde distintos países para ir captando personas afines a la causa terrorista y captarles para la ejecución final del acto terrorista, de lo que ha surgido la expresión del lobo solitario terrorista, el cual debe enmarcarse en el grupo de personas que acceden a estos contenidos que recogen y facilitan los terroristas de internet, para captarlos y quedar debidamente adoctrinados en su odio a los que no participan del ideario terrorista. Todo ello queda lejos de una mera disposición de libertad religiosa que se ha alegado como motivo del recurso.

Sin embargo, no se trata de acreditar que con los actos de colaboración del art. 577 CP se consiga pasar de «la línea de pensamiento a la acción», sino que se trata del despliegue de actos que permitan deducir que existe esa «vis atractiva» a la causa terrorista; es decir, con entidad suficiente como para cumplir ese fin previsto de actos suficientes de convencimiento para la causa terrorista, y con entidad, también, de «idoneidad bastante» con la que los adeptos puedan llegar a participar, ya ahora desde la acción, para los fines de la causa terrorista. Nos encontramos, pues, con una relación de medio –en cuanto a los actos de colaboración– a fin –en cuanto a la ejecución física de actos terroristas–, que viene a significar y darle contenido al tipo penal que es ahora objeto de condena.

Por otro lado, no es preciso que estos actos de colaboración por los que es condenado el recurrente sean llevados a cabo por miembros del entramado organizativo terrorista, sino que estos se ejercen por quien quiera colaborar ad extra de la organización, aunque, en esencia, y desde el punto de vista teleológico plantean los propósitos dirigidos a la obtención del fin que persigue la propia organización terrorista.

El autor de los actos de colaboración descritos en el art. 577 CP, y que el Tribunal describe en los hechos probados, se nos manifiesta en el fenómeno del terrorismo como una especie de *outsourcing* externo terrorista, al modo de subcontratación al margen de la organización para la llevanza de actividades de colaboración externa con la misma.

Pues bien, fijadas estas líneas básicas distintivas entre la mera adhesión ideológica y los puros actos de colaboración hay que señalar que sobre la subsunción del hecho en el tipo penal que es objeto de condena, el art. 577 CP señala el Tribunal que:

«El precepto trata de evitar que las organizaciones terroristas puedan servirse de individuos que, sin estar incardinados en ellas, coincidan en facilitar el propósito de aquellas de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública. No se exige, por ello, una adhesión ideológica del colaborante con los postulados de la organización a la que presta soporte, ni tampoco que persiga determinados objetivos políticos o ideológicos, o que el sujeto pasivo de la acción se configure de una manera determinada, limitándose el precepto a proteger que la agrupación terrorista pueda verse aventajada o asistida en el desarrollo de sus métodos violentos, de suerte que el sólo conocimiento de que la acción desplegada puede posibilitar, favorecer o contribuir a alterar gravemente la paz pública, atemorizando a los habitantes de una población o a un colectivo social, satisface la esencia de la protección penal, siempre que el sujeto activo –como se ha dicho– no pertenezca a la banda armada, a la organización, o al grupo terrorista que resulta beneficiado en su objetivo.

Y aunque la protección penal que brinda el precepto se materializa sancionando cualquier comportamiento que intencionadamente favorezca de una manera significativa las graves acciones con las que el terrorismo golpea al grupo social, unos de los procederes que el legislador refleja expresamente como delictivo, es el de adoctrinar a otros, así como el comportamiento subsiguiente de captarlos o reclutarlos, esto es, se sancionan como delictivas aquellas actuaciones que aspiren a engrosar, o que permitan extender, el número de partidarios que la organización terrorista concita».

(...) Sobre la aplicación del art. 577 CP se pronuncia la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 13/2018 de 16 Ene. 2018, Rec. 10286/2017 que señala que: «Aunque la protección penal que brinda el precepto se materializa sancionando cualquier comportamiento que intencionadamente favorezca de una manera significativa las graves acciones con las que el terrorismo golpea al grupo social, unos de los procederes que el legislador refleja expresamente como delictivo, es el de adoctrinar a otros, así como el comportamiento subsiguiente de captarlos o reclutarlos, esto es, se sancionan como delictivas aquellas actuaciones que aspiren a engrosar, o que permitan



extender, el número de partidarios que la organización terrorista concita.... 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 adiestrarlos 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».

Hay que destacar que, como apunta la mayoría de la doctrina, en el tratamiento del denominado «terrorismo individual» en el que está inmerso el art. 577 CP en sus actividades de «recabar o facilitar cualquier acto de colaboración con actividades de una organización terrorista», hay que subrayar que en la concepción del terrorismo se margina el elemento estructural u organizativo para configurar los delitos terroristas como aquellos que con una determinada finalidad –elemento teleológico– se cometen por cualquier persona de manera individual o mediante coautoría, es decir, al margen de una organización o grupo terrorista. Ello evidencia la persecución y castigo del terrorismo individual de internet, como podríamos denominar a esta forma de actuación del recurrente que por medio de la informática perpetra actos que están inmersos en la subsunción en el tipo penal del art. 577 CP.

Este terrorismo de internet hace y permite que la «eficacia expansiva» del mensaje propagandístico terrorista tenga un resultado multiplicador y permita alcanzar nuevos adeptos de una forma eficaz y con el poco esfuerzo que supone que una vez haya conseguido el autor los videos y la propaganda elaborada para tal fin pueda subirlo a sus redes sociales de una forma encubierta, pero sí en un circuito cerrado, aunque proclive a su difusión rápida entre quienes saben que pueden seguir la doctrina marcada como pauta, y que provoca un efecto positivo en los fines de la propia organización que elabora ese material para que sea distribuido por «el terrorismo individual del art. 577 CP», u otras modalidades delictivas que se caracterizan por la no necesidad de estar integrados sus autores en una propia organización, –lo que podría dar lugar a la aplicación del art. 572 CP–, sino que se ejerce su ilícito penal de forma individual, pero con el firme propósito de conseguir el fin divulgativo.

Se puede denominar, también, como hemos expuesto anteriormente, a este tipo de terrorismo como «urbano» por pertenecer a una modalidad delictiva que no se ejerce en terreno bélico, sino mediante instrumentos tecnológicos, de ahí que tenga particularidades propias que deban ser tenidas en cuenta a la hora de caracterizar a estos delitos.

Hay que recordar que apunta también la doctrina que el art. 577 CP representa una excepción a la regla en virtud de la cual todos los delitos de terrorismo son delitos de organización. Con ello, el elemento estructural-organizativo habría dejado de ser común denominador de todos los delitos de terrorismo. Por ello, este tipo penal donde el Tribunal subsume los hechos probados exige la concurrencia en los supuestos de hecho a los que el precepto resulta aplicable del elemento teleológico, pero no, en cambio, la del elemento estructural u organizativo. Así, este art. 577 CP tipifica como delito de terrorismo, por tanto, conductas consistentes en el ejercicio de violencia política no organizada, y, sobre todo, mediante el uso de elementos tecnológicos para potenciar su efecto difusor.

Ya se expuso, también, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 789/2014 de 2 Dic. 2014, Rec. 10575/2014 que «Una acción puede ser considerada terrorista aunque su autor no esté integrado en una organización de esa índole como sucede con la conducta descrita en el art. 577 del CP que exige precisamente, como requisito negativo, que el autor no pertenezca a banda armada, organización o grupo terrorista, lo que no produce un deslizamiento al derecho penal de autor, sino todo lo contrario; los hechos sancionados en dicho precepto lo son per se, por su naturaleza, al realizarse con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública. Lo determinante, en este caso, no es la cualidad subjetiva de ser miembro de una organización terrorista sino el grave contenido material de la conducta objetiva realizada por el sujeto».

(STS 65/2019, de 7 febrero)

## ARTÍCULO 578 CP

*Enaltecimiento al terrorismo. Discurso de odio: expresiones en redes sociales y límites al derecho a la libertad de expresión cuando se genera un peligro para la convivencia.*

Nuestra reciente STS 646/2018, de 14 de diciembre, nos dice al efecto que con respecto a la colisión con tal derecho fundamental, la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional es copiosa sobre su contenido esencial y las limitaciones al mismo. En el sentido indicado, hemos declarado que «el derecho a la libertad de expresión permite, inicialmente, no sólo asumir cualquier idea, y expresarla e, incluso, difundirla, siempre con los límites que imponga la convivencia respetuosa con los derechos de los demás. La restricción del derecho, y más aún cuando se recurre a la sanción penal, requiere de una justificación que sólo se encuentra, en palabras del Tribunal Constitucional, cuando colisiona con otros bienes jurídicos defendibles que se revelen acreedores de una mayor protección tras la necesaria y previa labor de ponderación. Y no sólo eso, sino que será preciso que las características de la colisión sean tales que justifiquen la intervención penal» (STS 259/2011, de 12 de abril). Continúa la Sentencia acotada afirmando que la Constitución no prohíbe las ideologías que se sitúan en los extremos del espectro político. Incluso aún podría decirse que tampoco prohíbe las ideas que por su extremismo, se sitúen fuera de ese amplio espectro político, por muy rechazables que puedan considerarse desde la perspectiva de los valores constitucionales. Lo que ocurre es que cuando se trata de conductas dotadas de una suficiente gravedad, el legislador puede limitar la intervención penal para aquellos hechos que supongan un resultado de lesión o la creación de un peligro, que aunque abstracto debe ser real, para la integridad de esos bienes jurídicos.

En parecidos términos se pronunció el Tribunal Constitucional, STC 235/2007, que señala que «el artículo 20.1 de la Constitución, ofrece cobertura a las opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos, por muy erróneas o infundadas que resulten siempre que no supongan un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro cierto para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos,». O la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1995, de 11 diciembre, «la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, también para aquéllas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población», en referencia a la STDH De Haes y Gijssels c. Bélgica de 24 de febrero de 1997. También la Sentencia de esta Sala 4/2017, de 18 enero, en la que afirmábamos que la interpretación del artículo 578 CP no está exenta de dificultades. De una parte, por la proliferación de tipos penales que convergen en la protección del denominado discurso de odio, enaltecimiento del terrorismo, vilipendio de las víctimas, provocación al genocidio, negación del holocausto (anterior a la reforma que lo suprimió), de los arts. 510, 578, 607 CP. De otra, por la necesidad ínsita de este tipo penal de ponderar el denominado discurso del odio con el alcance de la libertad de expresión, en ocasiones debiendo atender a una excesiva circunstancialidad, lo que dificulta determinar el alcance de lo intolerable. Es por eso que en esta Sentencia se aludía a la necesidad «de no convertir la libertad de expresión, y los límites que ésta tolera y ampara, en el único parámetro para discernir cuándo lo inaceptable se convierte en delictivo. No todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, pueden considerarse incluidos en la porción de injusto que abarca el artículo 578 del Código penal. Nuestro sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasa necesariamente por la incriminación penal... no todo mensaje inaceptable o que ocasiona rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo que lo que no es acogido en que la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo...».

Los límites de la punición respecto a la libertad de expresión parten de esa consideración del derecho fundamental como limitable y la necesidad de reservar lo punible no solo a la trasgresión del derecho fundamental requiriendo además aditamentos referidos a la generación de un peligro a la convivencia.

(...) Establecía el art. 578 CP vigente en el momento de los hechos (la mayoría de los tuits son anteriores a la reforma de 2015): «El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57 de este Código».

El precepto sanciona dos conductas diferenciables, aunque con un denominador común: su referencia al terrorismo. Por un lado, el enaltecimiento o justificación del terrorismo o de sus autores; por otro, la emisión de manifestaciones o realización de actos en desprecio, descrédito o humillación de las víctimas de delitos terroristas. Esta segunda figura cuenta con perfiles propios.

El término discurso del odio tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, a su vez lo tomó de las resoluciones del Consejo de Europa. Los Estados han configurado tipos penales expresivos del discurso del odio. En realidad, no hay una figura típica del discurso del odio, sino que se trata de diversos tipos penales que recogen figuras de agresión a sujetos individuales o colectivos, especialmente vulnerables, a través de distintos vehículos de comunicación. El origen legal se encuentra en la Recomendación (97) 20 del Comité de ministros del Consejo de Europa, de octubre de 1997, que «insta a los Estados a actuar contra todas formas de expresión que propaguen, inciten o promuevan el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiesta a través del nacionalismo agresivo, el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las medidas y los inmigrantes o personas de origen inmigrante». Esta recomendación tiene su origen en la interpretación del artículo 10 del Convenio Europeo de derechos humanos, de 1950 que, en su apartado primero, declara que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, matizando en su apartado segundo que el ejercicio de la libertad entraña deberes y responsabilidades, y podrá ser sometida ciertas condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial, la seguridad pública, la defensa del orden, en la protección de la reputación o de los derechos ajenos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo suya esta expresión en la Sentencia de 8 julio 1999, caso *Okçuoglu* contra Turquía, donde argumentó que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado discurso del odio, esto es aquel desarrollado en términos que supongan una incitación violenta contra los ciudadanos en general, contra determinadas razas o creencias, en particular.

El ordenamiento español se ha hecho eco de esta modalidad agresiva a la convivencia y recoge en varios artículos, modalidades enmarcadas en el denominado discurso del odio. El art. 510 y del Código penal, como arquetipo del discurso que el odio; el artículo 578, el delito de enaltecimiento, y el de menosprecio a las víctimas; el art. 579, con un contenido que amenaza a la ejecución de delitos de terrorismo al exigir la incitación a la comisión de delitos de terrorismo; el artículo 607, en su redacción anterior a 2015, cuando acogía la provocación, incitación al delito de genocidio, y anteriormente, la negación al holocausto; así como otras manifestaciones en las cuales aparece, de alguna forma, concernida la libertad de expresión y ataque a instituciones.

El bien jurídico protegido por el tipo penal del art. 510 es la dignidad de las personas, y colectivos de personas, a los que por su especial vulnerabilidad el Código otorga una protección específica en el mencionado artículo. Cuando el discurso de odio se concreta en el terrorismo a la dignidad de la víctima, y de la sociedad en general, se une la finalidad terrorista cuyo contenido resulta de la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008, esto es, actividad delictiva realizada con la finalidad de subvertir el orden constitucional, alterar gravemente la paz pública, desestabilizar el funcionamiento de una organización internacional, o provocar un estado de terror.

El elemento que caracteriza a los delitos de odio es el ánimo subjetivo que conduce al autor a la comisión del hecho agresivo. El ánimo consiste en la animadversión hacia la persona, o hacia colectivos, que unificados por el color de su piel, por su origen, su etnia, su religión, su discapacidad, su ideología, su orientación o su identidad sexual, o por su condición de víctimas conforman una aparente unidad que permite configurar una serie de tipos de personas. Además, estos delitos se conforman sobre

una acusada circunstancialidad de la tipología, lo que obliga a interpretar la calificación jurídica de los hechos en función de la realidad social del tiempo en el que ha de aplicarse la norma. Por otra parte, desde la tipicidad objetiva, las expresiones y actos han de tener una gravedad suficiente para lesionar la dignidad de los colectivos contra los que se actúa. Cuando la variedad del discurso del odio se concreta en el terrorismo, a ese ánimo subjetivo, agresivo, se suma la finalidad terrorista exigiendo la generación de un peligro que será concreto (art. 579 CP) o de aptitud de riesgo y peligro (art. 578 CP).

Lo que es objeto de castigo en los delitos de odio, no puede ser la expresión de una idea, sino cuando se haga de modo que incorporen una provocación al odio, a la discriminación, o a la violencia, infringiendo los valores constitucionales de la dignidad humana y de la no discriminación por causa de nacimiento, origen racial, sexo o religión, o por cualquier otra circunstancia de carácter personal o social a los que se refieren los artículos 10 y 14 de la Constitución. El problema de la tipicidad de estos delitos surge a la hora de dar contenido a la provocación al odio o a la comisión de delitos en concreto.

El tipo debe completarse con el riesgo que mantener ese tipo de comportamientos provoca para la colectividad social, dando lugar a que, por ellos mismos, o por otros sujetos, influenciados por ese mensaje, se originen actos que pongan en peligro valores esenciales del ser humano, como su vida, integridad física o su libertad. Es desde el punto de vista del riesgo, donde debe ponerse el acento de su tipicidad.

El ámbito de protección constitucional de los delitos de odio aparece enmarcado por el contenido de los artículos 16 de la Constitución, que proclama el derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto; el artículo 20 que consagra la libertad de expresión; el artículo 10.1 de la Constitución que enuncia la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y los derechos que son el fundamento del orden político y la paz social.

El discurso generador del odio y la discriminación no tienen amparo, ni cobertura en los referidos derechos constitucionales. A tal efecto son numerosos los Tratados Internacionales ratificados por España que, al amparo del artículo 10 de la Constitución, ha de guiar la interpretación de la tipicidad de los delitos de odio en sus variadas manifestaciones típicas.

(...) En nuestro ordenamiento penal, las figuras previstas en los artículos 510, 578 y 579 CP, se corresponden con delitos de odio, el primero genérico, en tanto que los otros dos son específicos. Respecto al terrorismo, son dos las manifestaciones típicas del discurso de odio, el enaltecimiento del terrorismo y menosprecio a las víctimas del terrorismo del art. 578 CP, y la difusión de mensajes que incitan a la comisión de actos terroristas (art. 579 CP). Precisamente por tratarse de terrorismo la tipicidad requiere una específica potencialidad de riesgo en los términos anteriormente señalados.

Expuesto lo anterior, analizaremos, someramente los pronunciamientos jurisprudenciales, siguiendo a la STS 646/2018, de 14 de diciembre.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una profusa jurisprudencia de la que destacamos los casos *Garaudy* contra Francia, de 24 julio 2003; *Wood* contra el Reino Unido, de 16 noviembre 2004; *Alinak* contra Turquía, de 29 marzo 2005; *Feret* contra Bélgica, de 16 julio 2009 y *Vejdeland* y otros contra Suecia del 9 febrero 2012. Esta jurisprudencia parte de la afirmación de que la libertad de expresión admite las limitaciones proporcionadas sobre «toda forma de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia». Consecuentemente, proclama la potencial limitación del derecho fundamental a la liber-

tad de expresión y la libertad ideológica. En las dos últimas Sentencias el Tribunal Europeo señala que para que exista discurso de odio no es necesario que se incite a la violencia, basta que se incite al odio, a injuriar, ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población y sus grupos específicos o la incitación a la discriminación: «El tribunal estima que la incitación al odio no requiere necesariamente un llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo. Los ataques que se cometen contra las personas, como injurias, o a ridiculizar o difamar a ciertas partes de la población, y sus grupos específicos, o a la incitación a la discriminación, son suficientes para que las autoridades privilegien la lucha contra el discurso racista frente a una libertad de expresión irresponsable que atenta contra la dignidad, incluso la seguridad de partes o núcleos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales, representan un peligro para la paz social y la estabilidad política de los estados democráticos».

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional destacan, por su relevancia, tres Sentencias. La primera Sentencia la 285/2007, en la que el Tribunal Constitucional apartó del artículo 607 CP, la negación del holocausto. En esa Sentencia pondera esa tipicidad, la negación del holocausto, con el derecho fundamental a la libertad de expresión y señala la exigencia de que la descripción típica contenga conductas de suficiente gravedad al tiempo que exigió «la creación de un peligro, que aunque sea abstracto, debe ser real para la integridad de sus bienes jurídicos. Pero la expresión y difusión de ideas violentas no puede ser implicada con la violencia que permite su persecución». El Alto Tribunal consideró que la mera transmisión de ideas no era suficiente para su persecución penal, requiriendo que la conducta represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación.

Junto a esta Sentencia, otras sostienen una posición menos estricta del discurso del odio y ya no exigen, en los términos expuestos, esa creación de riesgo. La Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015, referida a los sucesos acaecidos por la visita del Rey a Gerona, con la quema de imágenes de su Persona.

Otra sentencia, la 112/2016, referida a un delito de enaltecimiento del terrorismo en el que se realiza un homenaje a un terrorista y en la cual una persona que hace uso de la palabra que expuso diversas expresiones objeto de censura penal. El Tribunal Constitucional al denegar el amparo, destaca «si el acusado se hubiera limitado a pronunciar un discurso estrictamente político en defensa de la independencia del País Vasco y el socialismo, su conducta no sería reprochable, porque España es una democracia tolerante, no militante, es decir, no se exige la adhesión a los postulados constitucionales... sin embargo, el acusado al no hacer eso sino que, con ambigüedad calculada, emplea una expresión para escoger el camino más idóneo, el camino que más daño haga al Estado que conduzca este pueblo a un nuevo escenario democrático».

La jurisprudencia de esta Sala –destaca la Sentencia 259/2011, de 12 abril –, que en el supuesto de un librero que albergaba y vendía libros de ideología nazi, y que aprovechaba los espacios de la librería para la difundir los elementos ideológicos propios de una ideología nazi, absolvió a los condenados en aplicación de la doctrina contenida Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, que antes se expresó. Se argumenta «que la tipicidad no resulta de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege».

Esta línea jurisprudencial viene exigiendo la concreción de riesgo como elemento necesario para punición de los delitos de odio más allá de la represión a la libertad de expresión, exigiendo que junto a esa transgresión, grave, un riesgo para el bien jurídico en el que se ubican los tipos penales.

Una segunda línea jurisprudencial destaca la diferencia entre los dos apartados del artículo 578. De una parte, el enaltecimiento del terrorismo y, de otra, el menosprecio a las víctimas. En la sentencia 527/2017, de 11 julio, se hace esta distinción señalando que la primera conducta requiere la creación de un riesgo, en tanto que la conducta referida al menosprecio las víctimas, no lo exige. En la Sentencia 826/2015, del 22 diciembre, tras realizar un detallado estudio de la tipicidad, y con cita de la Sentencia 656/2007, incide en esta diferencia entre los dos apartados del artículo 578 y recuerda que el menosprecio a las víctimas no requiere la puesta en peligro «toda vez que el término descrédito, disminución o pérdida de la de la reputación de las personas, el menosprecio, equivalente a poco aprecio, o la humillación, la adhesión al amor propio o a la dignidad de alguien, hace referencia a las acciones realizadas contra las víctimas de acciones terroristas o sus familiares que son especialmente perversas como es la injuria o la humillación a las víctimas, incrementando el padecimiento moral de ellas y sus familiares, y ahondando en la herida que abrió el atentado terrorista», añadiendo que la justificación de la tipicidad de la conducta radica en la perplejidad e indignación que provoca en la sociedad.

En el mismo sentido, la Sentencia 72/2018, de 9 febrero, en la que se aborda las diferencias entre las distintas modalidades de discurso del odio, afirmando la no necesidad de la creación de un peligro contra los bienes jurídicos personales a consecuencia del discurso del odio cuando se trata de menosprecio a las víctimas.

La STS 52/2018, de 18 de enero, desarrolla esta exigencia con cita de la normativa europea, exigiendo la conexión el delito de odio con la delincuencia terrorista, en los términos de los arts. 578 y 579 del Código penal y con cita argumental de la STC 112/2016 a 20 de junio, anteriormente expuesta. Del conjunto normativo resulta que si bien los Estados miembros de la Unión Europea tienen un cierto margen de discrecionalidad en la definición de las infracciones, la ubicación en la tipología de los delitos de terrorismo requiere que la tipicidad describa conductas ilegales e intencionadas que generen un riesgo de comisión de una infracción terrorista, «riesgo que ha de ser entendido no concreto, sino de aptitud, de que puedan cometerse actos terroristas» y para ello deben tenerse en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje así como el contexto y la importancia y verosimilitud del riesgo (considerando lo de la Directiva (UE) 2017/541 (art. 578 Cp). En el art. 579 CP, la tipicidad exige mayor concreción, en términos de idoneidad para incitar a la comisión de hechos terroristas.

En la sentencia núm. 354/2017, de 17 de mayo, esta Sala enumeraba como elementos que conforman el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo, conforme pacífica jurisprudencia, los siguientes:

1.º La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que sólo es un comportamiento criminal.

2.º El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos:

a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 572 a 577.

b) Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

3.º Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser periódico o un acto público con numerosa concurrencia y hoy día, dada la evolución tecnológica, a través de internet.

Pero a su vez, precisábamos: No obstante, el art. 578 CP, precisa el Tribunal Constitucional, en su sentencia 112/2016, de 20 de junio, solo «supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

De otra parte, la reciente Directiva (UE) 2017/541, aún en plazo de trasposición, igualmente tipifica en su art. 5, la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo que conforme a su considerando 10, estos delitos «comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población».

Ciertamente también exige que la norma europea que conlleve el riesgo (que hemos de entender no concreto sino de aptitud) de que puedan cometerse actos terroristas.

Conclusión que derivaba del considerando 10 de la Directiva: Los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población. Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. En cada caso concreto, al examinar si se ha materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional.

Ciertamente, como dijimos en STS 52/2018, de 31 de enero, el legislador español es autónomo a la hora de tipificar conductas; pero el análisis de la normativa convencional del Consejo de Europa (que determina conforme la propia jurisprudencia del TEDH el alcance de los derechos reconocidos en el CEDH) y de la Unión Europea, proyectados sobre la conducta tipificada en el art. 578, a la luz de la jurisprudencia constitucional, muestran que resulta una ilegítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores, la condena por esta norma, cuando ni siquiera de manera indirecta, las manifestaciones enjuiciadas, supongan una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades; de donde resulta exigible, concluye la referida STC 112/2016, como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad, que previamente a la imposición de una condena por el art. 578 CP, se pondere en la resolución judicial, si la conducta desarrollada por el acusado, integra una manifestación del discurso del odio, que incita a la violencia (FJ 4, in fine).

A su vez las SSTS 378/2017, de 25 de mayo, 560/2017, de 13 de julio, y 600/2017, de 25 de julio, en la interpretación del citado penal, reclaman lo que denominan «elemento tendencial», aunque éste no venga expresado en la literatura del precepto penal, y advierte de que «la trascendencia de esa exigencia como elemento determinante delimitador de la constitucionalidad del tipo penal. Por lo que concluye: la sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el artículo 578, supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión



de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

De ahí la relevancia a efectos de tipificación, como cuestión de legalidad ordinaria, pero bajo exigencias constitucionales, de la acreditación de con qué finalidad o motivación se ejecutan los actos de enaltecimiento o humillación. Y de la valoración sobre el riesgo que se crea con el acto imputado. Por más que tal riesgo haya de entenderse en abstracto como «aptitud» ínsita en la actuación imputada, pero no referida a un concreto delito de terrorismo, acotado en tiempo, espacio, por referencia a personas afectadas.».

(STS 185/2019, de 2 abril)

# Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (año 2018)

EDUARDO DE URBANO CASTRILLO

Doctor en Derecho  
Magistrado

En el año 2019, por primera vez en los últimos años, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no ha celebrado ninguna reunión de unificación de criterios, haciendo uso del art. 264 LOPJ.

La causa de este hecho ha sido, según fuentes de la propia Sala, la celebración del juicio, que concluyó con la STS 459/2019, de 14 de octubre, en la que se condenó a diversos dirigentes de la Generalitat de Cataluña por delitos de sedición, malversación y desobediencia, pues ello obligó a la Sala a dedicar varios meses a la celebración del juicio y a las deliberaciones para la redacción de la sentencia, junto a las numerosas cuestiones incidentales, resueltas mediante Autos, todo lo cual supuso que no se daban las condiciones para poder desarrollar la actividad normal de la Sala, dado el número de Magistrados que acabaron implicados en dicho proceso.

Sin embargo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ideó un procedimiento más ágil, para abordar la acumulación de asuntos pendientes e ingresados durante 2019, y así unificar criterios, consistente en resolverlos con Salas de siete Magistrados, tras cuya deliberación se ha dictado la pertinente sentencia y, de este modo, no es necesario esperar a sentencias que desarrollen el Acuerdo, cuando éste ya está incluido en la sentencia.

Durante el primer trimestre de 2020, dicha fórmula se ha aplicado en los siguientes casos:

## STS 653/ 2019, DE 8 DE ENERO DE 2020

Asunto: Momento de prestar el consentimiento preciso para la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

Doctrina: El art. 49 del Código Penal no establece el momento del consentimiento preciso para la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Pues bien, el momento hábil para la prestación del consentimiento puede ser cualquiera anterior a la definitiva resolución del objeto del proceso, o a su ejecución. Si el órgano de enjui-

ciamiento opta por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad deberá obtener, antes de la ejecución, el consentimiento del condenado, y si éste no se obtuviera, ha de imponer, como subsidiaria, la pena alternativa.

### STS 655/2019, DE 8 DE ENERO DE 2020

Asunto: Concurso entre descubrimiento y revelación de secretos

Doctrina: Cuando un sujeto lleva a cabo dos acciones diferenciadas y distanciadas en el tiempo, como la toma de una fotografía de la denunciante, sin su consentimiento, donde se mostraba semidesnuda (art. 197 apartado 1 del CP) y luego la difunde entre terceros (art. 197 apartado 3, párrafo 1.º del art. 197 CP) nos hallamos ante un concurso de leyes a resolver por el principio de consunción (artículo 8.3.ª del Código Penal), a favor del precepto que sanciona la segunda acción llevada a cabo por el acusado.

### STS 652/2019, DE 8 DE ENERO DE 2020

Asunto: Atenuante de embriaguez en los delitos contra la seguridad vial

Doctrina: En el delito del art. 379.2 CP, en el que la conducta punible consiste en conducir un vehículo de motor bajo la influencia de, entre otras, bebidas alcohólicas, la embriaguez es inherente al citado delito, y con base en ello no resulta de aplicación la correspondiente atenuante, en tanto en el delito del art. 383 CP, nada impide que sea de aplicación la eximente incompleta o atenuante de embriaguez, porque no cabe aplicar el principio *non bis in idem*.

### STS 654/2019, DE 8 DE ENERO DE 2020

Asunto: Alcance del derecho de corrección paternal, respecto al delito de lesiones o maltrato a menor

Doctrina: Aunque el art. 154 del Código Civil permite corregir moderadamente a los hijos, dicha posibilidad está supeditada a la proporcionalidad, razonabilidad y moderación. Por tanto, debe descartarse como línea de principio que ese mencionado derecho a corregir a los hijos implique siempre que pueda golpeárseles y aplicarles castigos físicos.

### STS 662/2019, DE 14 DE ENERO DE 2020

Asunto: Aplicación del delito de quebrantamiento de pena a un menor

Doctrina: A pesar de la literalidad del art. 468 CP, que no incluye el incumplimiento de las medidas impuestas a los menores en un proceso penal, dicho delito les es aplicable acudiendo al bien jurídico protegido que es la administración de justicia, y en concreto, la eficacia de determinadas resoluciones judiciales garantizando su ejecución siempre que las mismas hayan sido acordadas en un proceso criminal y tengan una naturaleza penal.

### STS 667/2019, DE 14 DE ENERO DE 2020

Asunto: Inoperatividad del consentimiento de la mujer en el delito del art. 468.2 CP

Doctrina: Dado que el bien jurídico protegido en el delito previsto en el artículo 468.2 CP es de forma primordial, la efectividad de determinadas resoluciones de la Autoridad Judicial en materia de ejecución de penas, medidas de seguridad y medidas cautelares, cuyo cumplimiento y subsistencia no puede quedar a merced de la víctima, el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad y no cabe la aplicación de una atenuante analógica por este motivo.

### STS 672/2019, DE 15 DE ENERO DE 2020

Asunto: Manipular un tacógrafo puede ser constitutivo de un delito de falsedad en documento oficial

Doctrina: La instalación de un artilugio (como un imán) que tenga como finalidad el falseamiento del resultado de los registros de un tacógrafo constituye un delito de falsedad en documento oficial, pues supone la creación *ex novo* de un documento que induce a error sobre su autenticidad objetiva al reflejar unos datos de registro que expresan una realidad inexistente, con afectación directa de la función probatoria del documento en cuestión. Ello constituye un delito de falsedad en documento oficial, en la modalidad de simulación, conforme a lo previsto en los artículos 392 y 390.1.1 del Código Penal.

### STS 683/2019, DE 29 DE ENERO 2020

Asunto: Consecuencias del quebrantamiento de la pena de localización permanente

Doctrina: Por razones de proporcionalidad, procede sancionar con pena de multa los supuestos de quebrantamiento de la localización permanente. Cuando la localización permanente se impusiera como sustitutiva de la pena de prisión inferior a tres meses, el quebrantamiento dará también lugar a la deducción de testimonio y a la incoación de nueva causa por el tipo atenuado del art. 468 CP, no siendo procedente el retorno a la pena original.

### STS 39/2020, DE 6 DE FEBRERO DE 2020

Asunto: Delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar (art. 468.2 y art. 74 CP), en concurso real con un delito de amenazas del art. 171.4 y 5 del Código Penal.

Doctrina: Cuando se vierten amenazas en distintas ocasiones, infringiéndose, además, la prohibición de comunicación que pesaba con la víctima se está ante un concurso real heterogéneo formado por un delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar y un delito de amenazas en el ámbito de violencia sobre la mujer.

## STS 38/2020, DE 6 DE FEBRERO DE 2020

Asunto: Interpretación del artículo 385 ter CP

Doctrina: La cláusula atenuatoria prevista en el art. 385 ter CP, para los delitos contra la seguridad vial, debe ser aplicada únicamente a la pena de prisión y no a otras penas como los trabajos en beneficio de la comunidad, según resulta de una interpretación literal del precepto, así como sistemática y también desde la *voluntas legislatoris*.

## STS 42/2020, DE 10 DE FEBRERO DE 2020

Asunto: Duración de las penas accesorias

Doctrina: Las penas accesorias tienen la duración que tenga la pena principal, excepto lo que dispongan otros preceptos del Código Penal. Por ello, al no llevar el delito de conducción sin permiso (art. 383 CP) como pena específica o principal la inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad profesional de taxista durará lo que la pena principal.

## STS 47/2020, DE 11 DE FEBRERO DE 2020

Asunto: Principio acusatorio y derecho de corrección.

Doctrina: En el recurso de casación contra una sentencia dictada en apelación por una Audiencia Provincial, de conformidad con el Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016, la vulneración del principio acusatorio no entra dentro de las vías de impugnación contempladas en la Ley.

El derecho a la corrección no ampara los comportamientos violentos que ocasionen lesiones a un menor.

## STS 48/2020, DE 11 DE FEBRERO DE 2020

Asunto: Tentativa en el delito del art. 379.2 CP

Doctrina: La tentativa en el delito contra la seguridad vial contemplado en el art. 379.2 CP, no existe. O estamos ante un acto preparatorio ajeno al tipo penal o ante un delito consumado de peligro, al haber anticipado el legislador la tutela penal a conductas que pudieran ser punibles como tentativa. En todo caso, sin conducción no hay delito, pues no hay peligro real.

## STS 70/2020, DE 24 DE FEBRERO DE 2020

Asunto: Delito del art. 197.7 CP. Difusión por quien obtiene la imagen cuando es remitida voluntariamente por la víctima.

Doctrina: La acción típica consiste en difundir las imágenes –obtenidas con la aquiescencia de la víctima– y que afecten gravemente a su intimidad. Se cumple el requisito de la difusión cuando quien la recibe, la difunde valiéndose de cualquier medio convencional o de un programa de mensajería instantánea que opere por redes telemáticas, siendo indiferente que la imagen sea remitida a una o más personas, siempre que ello se haga sin autorización de la afectada.

# 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 1/2019, SOBRE DISPOSICIONES COMUNES Y MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DE LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN TECNOLÓGICA EN LA LEY DE ENJUICIA- MIENTO CRIMINAL

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Disposiciones comunes. 2.1 Regulación legal 2.2 Principios rectores. 2.2.1 El principio de especialidad. 2.2.2 El principio de idoneidad. 2.2.3 Los principios de excepcionalidad y necesidad. 2.2.4 El principio de proporcionalidad. 2.3 Resolución judicial habilitante. 2.3.1 Legitimación para solicitar la medida. 2.3.2 Contenido de la solicitud. 2.3.3 Contenido de la resolución judicial. 2.3.3.1 Auto motivado, audiencia del Ministerio Fiscal y plazo para dictar la resolución. 2.3.3.2 Alcance objetivo de la resolución. 2.3.3.3 Alcance subjetivo de la resolución. 2.3.3.4 Unidad policial investigadora y sujeto obligado. 2.3.3.5 Otras menciones de la resolución: duración, control de la medida y finalidad perseguida. 2.4 Secreto de las actuaciones. 2.5 Duración de la medida y prórrogas. 2.6 Control de la medida. 2.7 Afectación de terceras personas. 2.8 Utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales. 2.9 Cese de la medida y destrucción de registros.–3. Medidas de aseguramiento.–4. Cláusula de vigencia.–5. Conclusiones.

## CIRCULAR 2/2019, SOBRE INTERCEPTACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS Y TELEMÁTICAS

ÍNDICE: 1. Introducción.–2. Alcance de la medida.–3. Presupuestos.–4. Ámbito objetivo.–5. Ámbito subjetivo y afectación de terceros. 5.1 Regulación legal. 5.2 Utilización por el investigado de terminales o medios de comunicación de titularidad ajena. 5.3 Intervención de terminales o medios de comunicación de la víctima. 5.4 Intervención de terminales o medios de comunicación de terceras personas.–6. Solicitud.–7. Deber de colaboración.–8. Control de la medida.–9. Duración y prórrogas.–10. Acceso de las partes a las grabaciones. 10.1 Derecho de las partes a acceder a las grabaciones. 10.2 Derecho de terceros afectados de conocer la intervención de sus comunicaciones.–11. Incorporación al proceso de datos de tráfico o identificación. 11.1 Regulación legal. 11.2 Incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados. 11.3 Identificación mediante número IP. 11.4 Identificación de terminales mediante captación de códigos. 11.5 Identificación de titulares o terminales o dispositivos de conectividad.–12. Cláusula de vigencia.–13. Conclusiones.

## CIRCULAR 3/2019, SOBRE CAPTACIÓN Y GRABACIÓN DE COMUNICACIONES ORALES MEDIANTE LA UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS

ÍNDICE: 1. Introducción.–2. Alcance de la medida.–3. Ámbito objetivo de aplicación.–4. Presupuestos.–5. Contenido de la resolución judicial.–6. Control de la medida.–7. Duración y cese de la medida.–8. Otras consideraciones derivadas de la aplicación de las disposiciones generales. 8.1 Utilización de la información obtenida en un procedimiento distinto y descubrimientos casuales. 8.2 Destrucción de registros. 8.3 Acceso de las partes a las grabaciones. 8.4 Comunicaciones entre abogado y cliente y agente encubierto.–9. Cláusula de vigencia.–10. Conclusiones.

## CIRCULAR 4/2019, SOBRE UTILIZACIÓN DE DISPOSITIVOS TÉCNICOS DE CAPTACIÓN DE LA IMAGEN, DE SEGUIMIENTO Y DE LOCALIZACIÓN

ÍNDICE: 1. Introducción.–2. Utilización de dispositivos técnicos de captación de la imagen. 2.1 Alcance constitucional de la medida. 2.2 Ámbito de aplicación. 2.3 Principios rectores. 2.4 Contenido de la medida. 2.5 Concepto de lugar o espacio público. 2.6 Afectación de terceros. 2.7 Disposiciones comunes aplica-



bles. 2.8 Incorporación de la prueba al acto del juicio oral y su valoración.-3. Utilización de dispositivos técnicos de seguimiento y localización. 3.1 Regulación legal. 3.2 Derecho fundamental afectado y alcance de la previsión legal. 3.3 Clases de dispositivos técnicos de seguimiento y localización y su distinto tratamiento. 3.4 Requisitos. 3.4.1 Concurrencia de los principios rectores. 3.4.2 Juez competente. 3.4.3 Especificación del medio técnico que vaya a ser utilizado. 3.4.4 Otros requisitos derivados de la aplicación de las disposiciones comunes. 3.5 Duración de la medida. 3.6 Sujetos obligados a la asistencia y colaboración. 3.7 Adopción policial de la medida en casos de urgencia. 3.8 Supuestos de geolocalización no incluidos en la regulación legal.-4. Cláusula de vigencia.-5. Conclusiones.

## CIRCULAR 5/2019, SOBRE REGISTRO DE DISPOSITIVOS Y EQUIPOS INFORMÁTICOS

ÍNDICE: 1. Introducción.-2. Derecho fundamental afectado.-3. Registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información. 3.1 Regulación legal. 3.2 Los dispositivos de almacenamiento masivo de información. 3.3 La resolución judicial como presupuesto de la medida. 3.3.1 La resolución judicial habilitante. 3.3.2 El consentimiento del afectado y otros supuestos excepcionales. 3.3.3 La resolución judicial en los supuestos de registros domiciliarios. 3.3.4 Incautación de dispositivos fuera del domicilio. 3.4 Alcance del registro. 3.4.1 Fijación de los términos y alcance del registro. 3.4.2 Realización de copias. 3.4.3 Fijación de las condiciones para asegurar la integridad de los datos y las garantías de su preservación. 3.4.4 Incautación de los soportes físicos que contienen los datos. 3.5 Registro de repositorios telemáticos de datos y ampliación del registro a otros sistemas. 3.6 Registro policial de dispositivos. 3.7 Deber de colaboración.-4. Registros remotos sobre equipos informáticos. 4.1 Regulación legal. 4.2 Sistemas de acceso. 4.3 Ámbito de aplicación. 4.4 Contenido de la resolución judicial. 4.5 Ampliación del registro. 4.6 Deber de colaboración. 4.7 Duración de la medida.-5. Cláusula de vigencia.-6. Conclusiones.

## CIRCULAR 7/2019, SOBRE PAUTAS PARA INTERPRETAR LOS DELITOS DE ODIOS TIPIFICADOS EN EL ART. 510 CP

ÍNDICE: 1. Introducción.-2. Los delitos del art. 510 CP: características comunes. 2.1 Bien jurídico protegido. 2.2 Discurso del odio y libertad de expresión. 2.3 Naturaleza jurídica de los delitos de odio. 2.4 Sujeto pasivo de los delitos de odio. 2.5 Tipo subjetivo de los delitos de odio. 2.6 Criterios generales para valorar la existencia de un móvil de odio.-3. El delito del art. 510.1.a) CP: fomento, promoción o incitación pública al odio, hostilidad, discriminación o violencia.-4. El delito del art. 510.1.b) CP: elaboración, tenencia y/o difusión de

soportes aptos para incitar al odio, hostilidad, discriminación o violencia.–5. El delito del art. 510.1.c) CP: negación, trivialización grave o enaltecimiento de crímenes contra la humanidad. 5.1 Consideraciones generales. 5.2 La definición de las conductas típicas. 5.3 La promoción o el favorecimiento de un clima de odio, hostilidad, violencia o discriminación.–6. El delito del art. 510.2.a) CP: humillación, menosprecio o descrédito contra la dignidad de las personas.–7. El delito del art. 510.2.b) CP: enaltecimiento o justificación de los delitos de odio.–8. El tipo agravado del art. 510.3 CP: la difusión mediática.–9. El tipo agravado del art. 510.4 CP: la alteración de la paz pública o la creación de un grave sentimiento de inseguridad o temor.–10. La agravante por motivo discriminatorio del art. 22.4.<sup>a</sup> CP.–11. Régimen penológico y suspensión de la ejecución de las penas.–12. Las consecuencias accesorias del art. 510.6 CP y la posible adopción de medidas cautelares y de aseguramiento.–13. La responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 510 bis CP).–14. Cláusula de vigencia.–15. Conclusiones.

# BIBLIOGRAFÍA

## Revista de libros

CASALS FERNÁNDEZ, Ángela: «La prisión permanente revisable».  
BOE. Madrid, 2019, 282 páginas.

### I

La Prof.<sup>a</sup> de Derecho Penal de la Universidad San Pablo CEU, Ángela Casals, discípula de mi querida discípula Avelina Alonso de Escamilla, catedrática en aquel centro docente madrileño, ha publicado posiblemente el libro definitivo acerca de la controvertida sanción criminal aparecida en el Derecho punitivo español por Ley Orgánica (a partir de ahora, LO) 1/2015. Originariamente fue su tesis doctoral, alabada por todos, y ahora se conforma en una monografía imprescindible para conocer la nueva pena. Presidí su Tribunal y la misma satisfacción que me causó entonces el hacerlo, la experimento hoy al leer su texto que, como siempre he pensado, viene a confirmar que las malas instituciones pueden generar buenos libros.

He dicho que la LO 1/2015 introduce la penalidad de referencia para unos contados delitos. La siguiente LO 2/2015, la del pacto antiterrorista del PP y del PSOE, también la tiene en su haber. No se refiere literalmente a ella, sino a la «prisión por el tiempo máximo previsto en este Código», pero es lo mismo. La mala conciencia, que no ha llamado a las cosas por su nombre, no ha cambiado el negro panorama sino que lo ha ratificado.

El libro de la Prof.<sup>a</sup> Casals está espléndidamente presentado. Inaugura la colección del BOE «Derecho Penal y Procesal Penal» y, en verdad, no podía haberse elegido mejor título para hacerlo. Mi querido discípulo, el Prof. Esteban Mestre Delgado, presentó al Consejo Asesor, del que forma parte, el texto y, lógicamente, fue acogido como se merecía.

Cinco capítulos componen la monografía. El reparto de los mismos es de una sistemática aplastante pues comienza por la historia de la figura, sigue con el Derecho comparado, continúa con su regulación y los aspectos penitenciarios y acaba con el proceso de revisión de tal pena. Es decir, metodológicamente la exposición no puede ser más completa y adecuada pues, desde el principio, se contemplan todos los aspectos que interesan de la institución. Libro pues de un academicismo impecable. La prisión permanente revisable se estudia así en todos sus diversos aspectos con una corrección extrema. La formación jurídica

de la autora, en la que se combina los amplios conocimientos legales españoles e italianos, se manifiesta sobradamente en este trabajo sincero y comprometido.

## II

La presente penalidad ha de ser abordada desde todos los posibles ángulos. Por eso la Prof.<sup>a</sup> Casals Fernández lleva a cabo su análisis de una manera rotunda y total. No es partidaria de la institución pero, para llegar a esa conclusión, primero la ha trabajado a fondo y es así como se alcanzan los resultados. Científicamente la obra es irreprochable y plagada de atinadas reflexiones. La exposición de la autora es clara y tajante: sin previamente ver la historia y la normativa europea al respecto no se puede tratar con rigor ni debatir atinadamente acerca de esta dura sanción criminal.

La codificación decimonónica, la del pasado siglo y la más actual se traen a colación (pp. 38 y ss.) para demostrar que, en la realidad, su nomenclatura no refleja la extensión cierta de la totalidad de la vida del recluso descontada en prisión. No existe una reglamentación penitenciaria, de cualquier época, que no contemple la rebaja de condenas y, en consecuencia, la más pronta salida de los establecimientos, sin distinción de delitos. La lectura de los textos penales que se mencionan en el apartado es determinante. Es significativo que la legislación patrocinada por dos dictaduras, la de Primo de Rivera y la de Franco, no sostuvieran la pena perpetua, sino una duración tasada, señalando un tope de cumplimiento efectivo, recomendando el Decreto de 11 de octubre de 1961 el indulto particular a los 20 años. ¿Cómo y a santo de qué, en plena democracia, se puede ahora retroceder así?

En cuando a la ley comparada (pp. 57 y ss.), ésta nos ofrece ejemplos meramente nominales de la condena de por vida. Fue mi maestro, el prof. Gimbernat, quien primero advirtió, en el Prólogo a la edición correspondiente de su Código Penal (con Esteban Mestre) de Tecnos, la falacia del argumento de la existencia de la prisión perpetua en los textos penales contemporáneos de nuestro círculo jurídico cultural. Toda la doctrina le ha seguido al efecto. También la autora, que recoge los tiempos de duración de tal pena con una extensión, en mayor o menor medida, similar, partiendo de la base de que cuantos países la detentan, es el nuestro uno de los que fija una mayor extensión temporal (p. 60). Las referencias que toma para su exposición son, esencialmente, Alemania, Italia, Francia o Reino Unido, además de la mención referencial de cuanto acontece en los ordenamientos punitivos de otras naciones de menor interés. Además de la cifra señalada y su efectividad en cuanto a su ejecución, estudia las sentencias de los órganos jurisdiccionales superiores que se han ocupado del problema en las naciones citadas. Pues bien, ninguna de las referencias citadas se atienen a la perpetuidad efectiva, aunque su *nomen iuris* aparece en los textos penales.

Pero, tal y como se ha configurado en España, la prisión perpetua revisable afecta gravemente a cuanto toca, ya sea aplicación de las penas (por ejemplo, la inferior en grado), a su estricta ejecución penitenciaria o a los beneficios carcelarios. De esto último, en los capítulos III (pp. 121 y ss.) y IV (pp. 170 y ss.) da buena razón la Prof.<sup>a</sup> Casals. La mayoría de los principios programáticos que inspiran nuestro penitenciarismo desde la vigente

LO 1/1979, General Penitenciaria, de 26 de septiembre (a partir de ahora, LOGP) e incluso antes, se ven alterados. La nueva sanción criminal no atiende, entre otros, a los postulados de proporcionalidad, humanidad o seguridad jurídica y afecta al de reinserción social, aunque siempre he tenido la duda de si ataca de lleno a su constitucionalidad, pues la posibilidad de su revisión, aún siendo desmesura su extensión temporal, salva tal embestida y grave descalificación.

En cuanto a la ejecución de la prisión permanente revisable ha de pararse, en mi opinión, de que define y arrastra el grado penitenciario de tratamiento de los condenados a la misma. No concibo que, de entrada, no pueda aplicárseles el primer grado de dicho tratamiento penitenciario por la peligrosidad extrema (en este caso, criminal) a que se refiere expresamente el art. 10 LOGP. Ello y, desde luego, lo largo del periodo de cumplimiento, desbarata lo que siempre yo he denominado «una razonable esperanza» del interno de salir antes, lo que ahora llama la autora «un horizonte de libertad futura» (p. 264), truncado así su proximidad por los plazos que se me antojan excesivos. Y es que todas las instituciones que suponen un beneficio para el recluso, como los permisos de salida, el tercer grado o la libertad condicional, sufren un descuento de periodos temporales previos de una longevidad como no se conocía en nuestras normas ni el legislador penitenciario pensó en ellos. Las cifras de los tiempos mínimos de ejecución nos las proporciona la Prof.<sup>a</sup> Casals Fernández (pp. 253 y 254), para que no quepa duda de la dureza de la prisión permanente revisable. De ahí, que en cuanto al proceso de revisión, en negativa coherencia, también los plazos se alarguen en exceso (p. 225), aunque «con cinismo», dice la autora, en la Exposición de Motivos de la correspondiente Ley constitutiva se traten de equiparar, infructuosamente, a Europa.

Dada la presencia de la figura, la Prof.<sup>a</sup> Casals concluye de la siguiente manera: o se asume el posibilismo de una sustancial mejora sistemática, proponiendo así que se dedique un apartado en el Código Penal a ella dedicada, con ajuste a los plazos de duración y revisión de los países que los tienen más cortos. Y ello como el mal menor, pues la derogación de tal pena y la vuelta a la penalidad anterior a 2015 no estaría de más, primera alternativa que nos presenta la Prof.<sup>a</sup> del CEU en la obra (pp. 263 y 264).

Una amplia y completa bibliografía (pp. 265 y ss.), empleada en el texto y recopiladora de cuanto se ha escrito al respecto, cierra la magnífica investigación.

En fin, la presente monografía es ciertamente necesaria, pues se ocupa de un tema especialmente importante en nuestro Derecho Penal y Penitenciario, que la doctrina española está empezando a estudiar con admirable profundidad. Entre esa brillante pléyade de producciones científicas se alza, por mérito propio, el libro que ahora recensiono.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta: «Libertad condicional y sistema penitenciario». Tirant lo Blanch. Valencia, 2019, 234 páginas.

## I

La Prof.<sup>a</sup> Vicenta Cervelló, catedrática de Derecho Penal de la Universidad de Valencia, acaba de publicar este gran libro, que se suma a las inteligentes reflexiones llevadas a cabo, acerca de semejante temática, de ilustres juristas, como los profesores Renart (Edisofer, 2003) o Guisasola (Tirant lo Blanch, 2017). En efecto, a los penalistas, desde la última reforma del Código Penal, procurada por la Ley Orgánica 1/2015, con antecedentes en la LO 7/2013, nos preocupa esta regresión en la institución creada por Fernando Cadalso con una visión de futuro y generosidad que, en los momentos actuales, se encuentra en evidente retroceso cuando no perdida.

Cervelló es una excelente penitenciarista. Se dedica a esta materia desde hace tiempo y acierta en sus publicaciones. Su manual de Derecho Penitenciario es un meridiano ejemplo (4.<sup>a</sup> ed. Tirant lo Blanch, 2016). La exposición equilibrada que la autora lleva a cabo en el actual texto no obstaculiza el aparato crítico, dentro de la moderación, aunque contundente, que acompaña siempre a cuanto dice. Monografía muy trabajada, concreta, sin soliloquios ni documentación innecesarios, y muy accesible, es una obra imprescindible para el conocimiento del asunto abordado. En general, puede concluirse que las transformaciones no le gustan y el olvido que la legislación penitenciaria sufre al respecto, sin desarrollar o, cuanto menos, obstaculizando este postrer grado del tratamiento de individualización científica, menos. No basta la mención en el Código Penal. Ha de ser la Ley Penitenciaria y su Reglamento quienes mejor se ocupen de la naturaleza, requisitos para su concesión o revocación y, en fin, funcionamiento de la libertad condicional.

El libro de la Prof.<sup>a</sup> de Valencia de todo se ocupa pues, en siete capítulos, estudia los problemas fundamentales de la institución. Medidos y con una estructura lógica, comienza por el encaje de la libertad condicional en el citado sistema de individualización científica adoptado por el art. 72 de la LOGP, para después referir las dos reformas perturbadoras que ha sufrido (pp. 17 y ss. y 39 y ss.). Si el primer apartado es fundamentalmente descriptivo, el segundo es eminentemente crítico. Ninguna de las dos Leyes Orgánicas de 2003 y 2010 benefician a la libertad condicional. El legislador español concibió la misma, literalmente, como el último de los grados penitenciarios al que se podía acceder sin especiales dificultades, cumplidos los mínimos requisitos del razonable paso del tiempo en prisión y haber accedido previamente al tercer grado o régimen abierto. Todo lo que sea trastocar el sistema va contra la historia, que brevemente toca Vicenta Cervelló (pp. 61 y ss.) y la creadora concepción cadalsiana de la misma, prácticamente en la primera década del pasado siglo (Real Decreto de 1913 y Ley de 1914, pensando siempre en el interno).

Individualización científica es atender a los avances del tratamiento del recluso no fijándose especialmente en el delito cometido por éste. Y como es

preciso un razonable proceso de adaptación al encierro, que la LOGP no especifica, el mencionado precepto no permite la clasificación inicial en libertad condicional pero nada más dice. Ese es el sentido del artículo legal y su aceptación por los grupos parlamentarios cuando por unanimidad y aclamación se aprobó el texto en las Cortes Generales en 1979. Y, desde luego, atender únicamente a los criterios penitenciarios y judiciales para su concesión, sin intervención alguna de las víctimas del hecho criminal, como dice Vicenta Cervelló, «absolutamente inadecuado y perturbador» (p. 59).

## II

Los capítulos inmediatos (3 y 4) estudian el cambio operado legislativamente de transformar la naturaleza de la libertad condicional de grado penitenciario a modalidad de suspensión de la pena. Ningún autor alaba este giro, inesperado y nefasto. La autora se inscribe en esta clara tendencia que, como la mayor parte de las reformas citadas, abundan en el error y ello porque, de manera esencial, casi viene a dejar en papel mojado el art. 72 LOGP que nadie, que yo sepa, ha derogado expresamente y que, desde su promulgación, con cuarenta años de vigencia, se ha erigido en clave del sentido del tratamiento penitenciario. La vuelta a lo sentado en la Ley es una de las oportunas conclusiones del libro (p. 225). Las condiciones tradicionales exigidas para la obtención del beneficio también son puestas en entredicho por la catedrática de Valencia (pp. 129 y ss.).

Aún más rechazo le produce la conjunción de la prisión permanente revivable con la libertad condicional (pp. 171 y ss.). Una ejemplar monografía global anterior por Vicenta Cervelló escrita y a esta modalidad de pena dedicada (Tirant lo Blanch, 2015) es de referencia obligada. De plazos de cumplimiento imposibles, con largos años improductivos para la esperanza de una pronta liberación –atendiendo como se hacía hasta de esta figura perturbadora a los méritos personales del interno– la individualización sufre un ataque en toda regla. Habría que recordar que durante la transición a la democracia, es decir cuando se aprueba la LOGP, con múltiples atentados y asesinatos circundantes, se abolió la pena de muerte, no se amplió con desmesura el tiempo de ejecución de condena y la propia Ley Penitenciaria concedía permisos de salida y, generosamente, el tercer grado a quienes se hacían razonablemente acreedores a ello. Hoy, con un índice de delincuencia que es el menor proporcionalmente de toda Europa, se adopta una pena que todo lo pervierte y que técnicamente a nada responde, salvo al emotivismo popular que no es precisamente una razón penológica. La Prof.<sup>a</sup> Cervelló Donderis no es partidaria claramente de semejante sanción, no siendo la primera vez, como acabo de decir, que lo expresa *in extenso*, como en nuestra doctrina, por ejemplo, recientemente, han efectuado las Profas. Rodríguez Yagüe (Tirant lo Blanch, 2018) y Casals (BOE, 2019), señalando las distorsiones que su expresa extensa duración viene a causar en el cumplimiento de la privación de libertad.

El último apartado de este magnífico libro tiene un enunciado significativo: «Fractura y recuperación del sistema» (pp. 199 y ss.). Nada más correcto que este lema como capítulo final y conclusión del trabajo. El sistema tradicional y de soberano éxito de la libertad condicional se ha, efectivamente, roto y únicamente la vuelta a lo que teníamos, con las imprescindible modificaciones, se debe abrir paso. Pero ese alterar lo bueno existente, por mor de un carácter innecesariamente represivo y retributivo, no alcanzo a entenderlo. ¿Por qué tocar lo que ha regido, en todo caso y al margen de precedentes, durante cuatro décadas? ¿Cuál es el motivo de esa moderna concepción que incluso carece de antecedentes en nuestra historia punitiva? ¿A qué conduce la dureza desacostumbrada de nuestras leyes? ¿A quién documentado se ha consultado para cambiarlas a peor? Misterio.

Una bibliografía completa y actualizada cierra la monografía de la Prof.<sup>a</sup> Cervelló, verdaderamente necesaria y que se sitúa a la cabeza, como viene siendo habitual en ella, de los más recientes escritos científicos sobre Derecho penitenciario.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá.

SOLAR CALVO, Puerto: «El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales».  
BOE. Madrid, 2019, 567 páginas.

## I

La jurista de Instituciones Penitenciarias, destinada en el centro del Dueso y actualmente en comisión de servicios en la Secretaría General de IIPP, Puerto Solar, ha escrito un libro lleno de sugerencias críticas a cuanto se puede entender como una involución a las extraordinarias reformas introducidas en nuestro Derecho penitenciario por la vigente Ley Orgánica General Penitenciaria. Ello no viene a significar que se trate de una obra que ponga clavos en el camino recorrido por la Institución, ni vea obstáculos determinantes al cumplimiento de la más progresiva legalidad. La Dra. Solar es, sobre todas las cosas, una excelente funcionaria y a su sacrificado servicio se debe. Cuanto ha escrito, y sus buenos trabajos ya se cuentan por abundantes, se enmarcan en el respeto y cariño a su profesión, que personalmente tanto valoro. Las objeciones que se vierten en este texto se orientan hacia su mejora y al rechazo a cuanto retroceso legislativo reciente se advierte. Únicamente el estudio detallado y el conocimiento cimentado pueden venir a fundamentar las propuestas que se contienen, valientes y lógicas. Son ya muchos los grandes funcionarios de IIPP que están aportando su valía a la ciencia penitencia-



ria, donde la práctica y la teoría se unen, en perfecta simbiosis, en monografías y trabajos realmente útiles y necesarios. Entre ellos, no me cabe duda, figura en lugar destacado la autora del presente libro.

La Dra. Puerto Solar defendió su tesis doctoral, origen de la actual obra, que la amplía muy considerablemente, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Todo aquel día fue satisfactorio y brillante. Su director, el prof. Enrique Peñaranda, puede estar reconfortado por el esfuerzo de su pupila. La lectura que el especialista tiene en sus manos lo demuestra. Adelanto aquí que aunque se trata, obviamente, de una aportación científica, su inteligencia y comprensión no está vedada al público culto en general. He aquí sus requisitos formales inherentes a un trabajo de investigación de estas características: bien escrita en un castellano accesible, claridad expositiva, con acierto en los calificativos que se emplean, de un carácter lineal, corrección de estilo literario, amena, descriptiva y, en consecuencia, explicativa, afronta las instituciones con una base coherente y una estructura acertada. Así se puede desarrollar la obra: presentación de los antecedentes, estudio de la problemática y, en fin, resolución. Y esta forma de entender el trabajo lo convierte en algo meritorio, obtenido con una metodología lograda por sus pasos, de andamiaje sólido, analizando exhaustivamente la legislación en vigor y alcanzar, de esta manera, los resultados críticos propuestos.

Todo parte de una concepción diferente a muchas de las obras penitenciarias que hoy se editan. En efecto, no se trata de un estudio estático, de comentario sistemático de nuestra vigente LOGP, sino de una excelente aproximación al Derecho penitenciario español del siglo XXI, que ha modificado algunos –pocos, pero significativos– de los hallazgos del pasado periodo, con cambios de especialmente desafortunados, procurados por el Código Penal, que afectan directamente a la LOGP, aunque ya con anterioridad esta disposición había sufrido el embate de la LO 7/2013. Será en las páginas oportunas, posteriores y extensas, donde se pueda apreciar lo adecuado de la investigación pertinente y las conclusiones obtenidas.

## II

El libro se compone de dos grandes partes referidas al origen y problemática de nuestro sistema penitenciario (pp. 37 y ss.) y a la que denomina la autora «más allá del sistema» (pp. 207 y ss.). Saturadas ambas de capítulos, en los que me detendré, no hay institución que no sea tratada; precisamente las contenidas en el segundo apartado son las que determinan la «encrucijada» del título de la obra. Y es, sin duda, lo más relevante de cuanto se ha escrito hasta el momento.

La monografía de Puerto Solar se basa en mantener la finalidad reeducadora y resocializadora, constitucional y penitenciaria, de nuestra ejecución de las penas privativas de libertad. Son las últimas reformas las que conducen a un evidente retroceso en la legislación penal y del ramo. Cuantos capítulos

(del I al V) figuran a continuación en su potente escrito de ello se ocupan con inteligencia y sabiduría.

El principio de humanidad está íntimamente ligado al criterio primordial señalado en los arts. 25.2 CE y 1 y 59 LOGP. La breve pero correcta historia que nos presenta la autora (pp. 45 y ss.) a ello conduce. Nada de postulados economicistas. Lo que Solar Calvo denomina «Escuela Valdesiana» (p. 52), es decir la mía y de mis discípulos, mostrándose seguidora, es por mi parte digno de la mayor consideración(1). Y ciertamente ese humanitarismo fue, además, el pilar de la transición democrática en el aspecto punitivo. Supresión de la pena de muerte, pese a los diez muertos por semana (art. 15 CE), luego suprimas las restricciones originarias; abolición de los delitos de adulterio y amancebamiento o modificación de la doncellez en los delitos sexuales y el estupro. Y en el penitenciario, superación de los Reglamentos franquistas y redacción y promulgación de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, cumbre de nuestro Derecho penitenciario, vigente durante más de cuarenta años.

El repaso meditado que se da a muchas figuras en esta primera parte del libro es excelente, y precisamente por eso, por su rigor expositivo, algunos de los contenidos de las aquéllas, recogidos en estos apartados, no acaban de convencer a la autora. Pero el estudio detallado de las mismas sugiere, siempre, la meditación. Nada está dicho en balde y, por eso, es merecedor de extremada atención. De esta forma, se someten a debate problemas como la dificultar de conjugar el tratamiento con el régimen cerrado, el principio de flexibilidad, la relación especial de sujeción, el fichero FIES o lo incompleto de la regulación de las quejas o recursos. Estas páginas son creadoras y necesarias para la mejor comprensión de la totalidad del sistema. Son más descriptivas que las que siguen a continuación, en la Parte II, pero tiene la virtud de preparar el camino hacia lo necesario de reforma según la autora. Después de más de cuarenta años una nueva lectura del texto, en determinados casos, se impone.

Es esta Segunda Parte citada la que suscita un superior interés del libro de Puerto Solar. De hecho, en mi opinión, este es el verdadero núcleo de la presente gran obra, la *ratio essendi* de la investigación. Es aquí donde la crítica de algunas de las reformas penales y penitenciarias se hace sentir de una forma clara pues han sido de fondo y han trastocado parte del sistema. Pero, a la vez, en tanto surgían los inconvenientes, la autora recoge la aplicación generosa que Instituciones Penitenciarias efectúa de los problemas suscitados. Cuantos obstáculos aparecen, son mitigados por las Instrucciones del Centro Directivo tratando de suavizar, cuando no descafeinar, dentro de lo posible, la dureza introducida en la normativa.

La Dra. Solar comienza su aportación con el recorrido de la LO 7/2003 y sus consecuencias en el mundo penitenciario, especialmente en el acceso al

---

(1) En la literatura extranjera este seguimiento de mi metodología me llena de satisfacción, vid. al respecto, NÚÑEZ, J.A.: «¿Humanismo penitenciario o prisión fábrica? Debates en la historiografía penitenciaria sobre el pasado (y el presente) de las prisiones españolas», en *e-SLegal History Review*, núm. 19, enero 2015, 32 pp..

tercer grado de tratamiento (pp. 225 y ss.). No puede mostrarse más razonable y, a la vez discrepante, por una norma innecesaria, molesta y que distorsiona el original art. 72 LOGP. Y esto es lo más grave, la regresión que supone del sistema de individualización científica sentado en el precepto y aplicado durante las últimas cuatro décadas. Además, el acceso al tercer grado ha sido limitado por la creación del periodo de seguridad, desconocido hasta ese momento y tributario del Derecho francés que poco nos ha aportado históricamente penal y penitenciariamente, excepto en la institución del juez de vigilancia.

Con un no menor interés escribe la autora acerca de lo que califica como «irreconocible» (p. 285) transformación de la libertad condicional, convertida ahora en forma sustitutiva de la pena, desnaturalizado así su pasado, claramente, por la LO 1/2015. Una cosa es el sistema alemán, que desconoce los grados del tratamiento, y otra el genuino y tradicional español base de la individualización, como antes lo era del modelo progresivo estricto. La libertad condicional es el último de los grados, después del cerrado, el ordinario y el abierto. Y ello es así desde su establecimiento en 1914, basado en el pensamiento de Cadalso. La mala reforma torpedea la idea sentada en el art. 72 LOGP y de ello han hablado relevantes doctrinarios como, por ejemplo, Renart o Guisasola. Puerto Solar ataca con autoridad y acierto la híbrida nueva institución y denuncia sus chirriantes fricciones, por ejemplo, el compartir preceptos referentes a la suspensión ordinaria (arts. 80 y ss. CP) o, más grave aún, la consecuencia de la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional en caso de revocación. La mala conciencia por modificar el art. 93 CP, a lo que no ha atrevido el legislador, ha llevado a este pequeño engendro.

### III

La «cadena» perpetua revisable y su temática compone el capítulo V de esta Parte (pp. 353 y ss.), terminología que emplea Puerto Solar huyendo de los eufemismos legales. La autora duda de su encaje constitucional y pone de relieve las dificultades de su aplicación penitenciaria, en lo que coincido. Siempre he dicho que Prisiones no sabe qué hacer con internos condenados a penas interminables. Nuestra historia no es esa, sino, más bien, lo contrario: rebajas de penas, acortamiento de sentencias y anticipación de la libertad. Todo ello, así como los permisos de salida preparatorios para la excarcelación definitiva, se devalúa. La extensísima duración hasta la posible revisión convierte el encierro en el fin de la sanción punitiva privativa de libertad y sin consideración a los principios reformadores grabados en la CE y en la LOGP.

Los siguientes apartados (VI y VII) se dedican al extranjero en prisión y al estudio del Estatuto Jurídico de la víctima. Son textos penitenciarios que inciden en aportaciones doctrinales poco trabajadas, con la excepción, la primera, de la obra de Nistal y la segunda de la de Renart, y de una relevancia extrema. El art. 89 CP, reformado en 2015, se analiza y se concluye acerca de

su necesidad de nueva modificación (pp. 438 y ss.). Y en cuanto a la víctima, se discute la legitimación activa que otorga el art. 13 de la Ley 4/2015, para recurrir determinados autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Pareciera como si se desconfiase de la Administración penitenciaria y de la propia autoridad judicial. Solo la venganza intervendría en este proceso, contraria a la justicia, que pertenece al Estado y no a la parte ofendida. Se trata de una participación de la víctima en la ejecución (pp. 448 y ss.) que no tiene parangón en el Derecho comparado y que ninguna Directiva comunitaria obligaba a su gratuita previsión.

En el epílogo, Puerto Solar habla de su profesión, es decir de lo que llama el «necesario oficio del jurista» (pp. 475 y ss.) en el universo carcelario. Lo hace con maestría y conocimiento profundos. Toca así algunos de los aspectos más trabajados por estos especialistas y finaliza con su necesaria labor conciliadora, como nuevo contenido de su ocupación tan valiosa. Unas conclusiones (pp. 511 y ss.) fomentan la inquietud en el lector sobre las precisas mejoras de nuestro sistema, proposiciones que alcanzan tanto a determinados colectivos de estancia o de tratamiento conflictivo, como extranjeros, drogadictos o terroristas, o a la imprescindible normativa procesal para desarrollar las facultades y competencias de los juzgados de vigilancia. En relación a este último tema no puedo dejar de decir que el anteproyecto del texto estaba hecho, pero que Convergencia y Unió se negó a pactarlo, siendo retirado por la autoridad competente.

Un listado bibliográfico completísimo culmina la importante monografía de la Dra. Puerto Solar. Más de cuarenta páginas (pp. 521 y ss.) contiene el mismo y todas las muestras están leídas y trabajadas, dispersadas en las correspondientes notas al texto. El libro se nos presenta como una investigación de las más relevantes de los postreros años en Derecho Penitenciario español, absolutamente necesario para su conocimiento y reforma, en su caso. Detectándose de esta manera sus disfunciones después de tantos años de vigencia. Otra cosa es que pronto se vuelva a repetir lo vivido hace más de cuarenta con la LO 1/1979. ¿Es ahora el momento y atender de esta manera a cuanto de bueno se contiene en este libro? No lo sé. Pero sí convengo en que nunca habrá una norma penitenciaria aprobada en las dos Cámaras de las Cortes por mayoría absoluta y por aclamación, respectivamente. ¿Resta pues en balde el esfuerzo de Puerto Solar? No lo creo. Las interesantes proposiciones *de lege ferenda* contenidas en sus páginas pueden ser atendidas en la futura legislación penal y concordante. Las bases están escritas y los fundamentos sentados.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

CESANO, José Daniel; NÚÑEZ, Jorge A.; GONZÁLEZ ALBO, Luis (Eds.):  
«Historia de las Prisiones Sudamericanas. Entre experiencias locales  
e historia comparada (siglos XIX y XX)». Ed. Humanitas.  
Universidad Nacional de Tucumán, 2019, 612 páginas.

## I

Los reconocidos autores argentinos, Profs. Cesano y Núñez, en unión de González Albo, promotores de la importante y de elevado éxito, *Revista de las Prisiones*, han editado un libro necesario y ciertamente magnífico. Han reunido en el mismo una serie de profesionales, estudiosos y colaboradores que han desentrañado la historia, que alcanza hasta mediados del pasado siglo XX, de las prisiones en diversos países latinoamericanos, desvelándonos su devenir durante, más o menos, medio siglo de actividad. Los colaboradores de los editores han sido perfectamente elegidos, atendiendo a sus conocimientos y competencia. Los diferentes sistemas carcelarios nacionales surcan las páginas del texto en un recorrido aleccionador y, en ocasiones, estremeceador y, cuando es factible, esperanzado.

Siete países son estudiados por otros tantos especialistas y en este orden: Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay. De la Guyana francesa se ocupan dos trabajos ciertamente excepcionales. Todos se acompañan de una completa y selecta bibliografía que profundiza en la temática desarrollada.

En la Introducción al presente gran libro, los tres editores se refieren a la metodología empleada para la investigación que luego se ve reflejada, con corrección, en cada trabajo. La sistemática global es razonable, pasando por la arquitectura penitenciaria, el régimen de cumplimiento, la población reclusa o la visión extracarcelaria del sistema, hasta llegar a los colectivos especiales y a los conflictos *intramuros*. Toda la obra es obediente a este claro método de investigación ocupándose ésta de un periodo determinado y determinante del acontecer penitenciario. Que los centros de reclusión no salen, en su pasado, muy bien parados, es evidente. La falta de dinero y de ideas son defectos esenciales para la construcción o la reforma de un sistema adecuado a los principios reinsertadores. Y de ello trata el libro que nos presentan sus autores.

## II

Partiendo de la necesidad de reforma de lo existente, las aportaciones son expresivas en cuanto nos muestran los intentos transformadores llevados a cabo. Otra cosa es que la realidad haya sido muy distinta. La técnica empleada por los autores es analizar los antecedentes penitenciarios del país estudiado y, después, ir desgranando las reformas acaecidas con mejor o peor fortuna. El tiempo en el que se extiende, casi un siglo, es más que suficiente para tener una idea cabal del origen y los cambios del sistema. Por eso la mono-

grafía es realmente completa y aborda una temática no muy conocida y perfectamente tratada por destacados científicos, ejemplo de investigación comparada.

Es paradigmático el estudio, en este sentido, de sistema argentino, cuyos autores, González Albo y García Basalo, se fijan en los proyectos reformadores, legislativos y doctrinales, que han ido teniendo lugar. Que se encuentren hoy entre las contadas realizaciones es otro cantar. El estudio de las prisiones de Brasil se engloba con una pregunta inquietante: «casas de corrección o casas de corrupción», lo que dice mucho de la reflexión de Ricardo Sontag. No menor relieve crítico tiene el título de la investigación acerca de las cárceles chilenas. De una «eterna reforma» habla León León, que no encuentra mucho de positivo en el régimen que tan detenidamente nos muestra. La dureza de las prisiones de Colombia nos la expone Nelson A. Rojas y, desde luego, no le duelen prendas en su relato. Su clara intención es denunciar lo inaceptable y procurar la mínima humanidad en el trato. Carolina Larco Chacón trata con rigor de la historia carcelaria del Ecuador, partiendo del uso y abuso del panóptico. Pedro R. Caballero nos presenta el sistema prisional del Paraguay y se centra en su historia principalmente, concluyendo que de mero lugar de contención de reos se fueron lentamente convirtiendo en centros más adecuados para el cumplimiento de la pena de prisión. No sale muy bien parado el régimen penitenciario peruano. Arias Aróstegui nos enseña el mismo, así como la desatención gubernamental y recoge lo bueno de la creación de un sistema nacional. El mayor rigor se estila en cárceles de Uruguay, al decir de Fessler y Pi Legnani, pues la represión política impide, durante el tiempo estudiado, las transformaciones puramente penitenciarias.

Los trabajos dedicados a la colonia penal francesa de la Guyana son fuera de serie. Escritas en el presente libro en francés e inglés respectivamente, Jean-Lucien Sánchez y Estherine Adams nos dedican unas investigaciones históricas completas, aunque modestamente la segunda autora hable de «breve» historia. Con fotografías y toda suerte de detalles los textos son francamente aprovechables y llenan un importante vacío en las publicaciones actuales.

El libro, en su conjunto, es imprescindible. La información que nos proporciona a los especialistas es por demás relevante y necesaria. Escrito con claridad y cercanía, también el gran público puede aprender del pasado. Jorge A. Núñez, que tan bien conoce, además, el sistema penitenciario histórico español por su tesis acerca de Fernando Cadalso, José Daniel Cesano, penitenciarista de pro, y Luis González Albo, prestigioso historiador, han editado una obra que viene a completar la bibliografía acerca de los diversos sistemas carcelarios en algunos de los más importantes países sudamericanos. No están todos, es verdad (por ejemplo, falta, de relevancia, México), pero la monografía es única y de referencia en lo mucho que abarca y tan brillantemente nos cuenta.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

BAUTISTA SAMANIEGO, Carlos Miguel: «Procedimiento de extradición pasiva. Doctrina y jurisprudencia». Sepin. Madrid, 2020, 270 páginas.

## I

El libro de Carlos Bautista, *Procedimiento de extradición pasiva. Doctrina y Jurisprudencia*, quizá sea uno de los más relevantes que se ha escrito en lengua castellana hasta este momento, sobre el Derecho extradicional. La calidad de la obra del Dr. Bautista, desde luego, no es casual. El autor goza de una dilatada experiencia práctica como fiscal de la Audiencia Nacional a la que suma su condición de docente universitario en materia de Derecho penal, en la Universidad Alfonso X El Sabio. Estos ingredientes: experiencia y teoría, estrados y academia, tribunal y aula, caso judicial e investigación, polvo de la biblioteca y desgaste de toga, que atesoran la capacidad productiva del autor, culminan en una obra de 270 páginas, que recupera los aromas jurídicos del Derecho extradicional, tristemente perdidos, y colman la laguna doctrinal existente en los últimos años en la ciencia del Derecho penal español.

La monografía está precedida por el prólogo del magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y que fuera Fiscal General del Estado, Julián Sánchez Melgar, en el que esboza el esqueleto del Derecho extradicional y glosa el elenco de los muchos méritos profesionales de Carlos Bautista y las condecoraciones que acumula por su reconocido hacer jurídico.

Bautista Samaniego divide su libro en 25 epígrafes y dos anexos en los que aborda con rigor los problemas concretos que se plantean en la práctica diaria de los procedimientos de extradición pasiva, y sintetiza las posiciones doctrinales, bebiendo de autoridades de Derecho penal sustantivo y adjetivo; y de Derecho internacional. Es especialmente significativa su inmersión en la doctrina comparada y en la anglosajona, de escaso abordaje por los expertos extradicionales de nuestra lengua en los que predomina, como en España, el sistema de corte continental. Como también es relevante el compendio jurisprudencial que el autor aporta, de los tribunales españoles, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Merece especial mención la síntesis actualizada que Carlos Bautista proyecta a lo largo de todas las páginas de su obra, de los autos elaborados por los magistrados del orden penal, de la Audiencia Nacional. Probablemente las resoluciones de mayor transcendencia e interés jurídico y las más modernas en el tiempo de la Audiencia Nacional han sido tratadas por Carlos Bautista. El lector encontrará los fundamentos jurídicos más significativos de esos autos en notas a pie de página.

Sin embargo, el autor no se detiene en esa labor descriptiva, y aparece su opinión y aportación. A lo largo de todo el texto repite: «A nuestro juicio». Estas tres palabras demuestran que, digan lo que digan los tribunales y la academia, Carlos Bautista se muestra crítico y contribuye con su conocimiento –lo compartamos o no– a enriquecer el panorama extradicional en España. En unas ocasiones, leemos en el interlineado al Bautista científico-

penalista experto en extradiciones y órdenes europeas de detención y entrega, en otras al «fiscal Bautista», pero también al Bautista abogado defensor cuando escrupulosamente protege con su pluma los derechos fundamentales del *extradendus*.

Estos mimbres conducen a Bautista Samaniego a un análisis interpretativo de la norma extradicional, principalmente de la Ley de Extradición Pasiva (LEP), y de las cláusulas extradicionales de diferentes tratados específicos de extradición vigentes en España, o de otros instrumentos internacionales que salpican disposiciones relativas a la extradición. Por ello, Bautista se adentra en las entrañas del Derecho extradicional, extrae los problemas que en la práctica forense se suelen presentar, por complejos que sean, y ofrece una solución jurídica.

La obra está bien escrita, de literatura amable y su redacción se aleja de la violencia innata al Derecho penal. Aventura que, hoy por hoy, las reflexiones de Bautista Samaniego están llamadas a ser referencia en el Derecho extradicional. Así, Sánchez Melgar, en el prólogo del libro presenta a Carlos Bautista Samaniego como «un impecable profesional [que] en esta ocasión aprovecha todo su conocimiento y experiencia para transmitirnos a todos sus enseñanzas» (p. 9). Bautista reivindica estas palabras, demostrándonos su prestigio profesional en las páginas de su obra.

## II

La obra pivota sobre tres pilares fundamentales. En el primero, presenta el Derecho extradicional: su concepto, naturaleza, fuentes, tipos de procedimientos extradicionales, actores (Estado requerido y requirente) y su consideración de vehículo legal de cooperación internacional entre los Estados (pp. 15 a 62). Destaca notablemente el análisis de las fuentes de la aplicación del tratado extradicional a hechos anteriores a su vigencia; la posibilidad de extraditar sin tratado; y el principio de reciprocidad, como criterio rector que puede hacer fracasar una petición de extradición, aun concurriendo todos los requisitos legales para su concesión. Carlos Bautista muestra las diferencias esenciales entre los dos tipos de procedimientos extradicionales; el anglosajón en el que se analiza la existencia de pruebas («indicios o datos fácticos»); y el continental, como nuestro sistema extradicional, en el que solo se verifica la concurrencia de los requisitos formales, sin entrar a valorar el fondo del asunto y donde es intrascendente la culpabilidad o la inocencia del reclamado. El procedimiento extradicional no es un juicio sobre los hechos y la autoría o participación del reclamado. El autor destaca los problemas de la estrategia, ciertamente frecuente, de recurrir al *forum shopping*, a través del cual algunos Estados requirentes buscan expresamente la circulación del *extradendus* por un país de conveniencia, de acuerdo con la normativa extradicional vigente en el mismo, para tratar de garantizarse el éxito del pedido. El autor examina ese uso bajo los parámetros del fraude de ley y el abuso del derecho y receta frente a ello la aplicación del principio *forum non conveniens*. Bautista Samaniego concluye esta primera parte enfrentando el pro-



blema de la legitimidad o no de los procedimientos extradicionales irregulares en los que emergen el secuestro, las entregas informales o contrarias a la norma del Estado requerido, a la luz del principio *male captus bene detentus*.

### III

El segundo pilar sobre el que descansa la monografía de Carlos Bautista Samaniego es el procedimental. Describe todo el procedimiento pasivo español, de carácter mixto, gubernativo-judicial, regulado en la LEP, que se conjugará con el tratado específico de aplicación entre el Estado requirente y España. Explica la fase gubernativa inicial que se inaugura, salvo que previamente se haya ejecutado la orden internacional de detención con fines de extradición contra el reclamado, con la llegada de la demanda extradicional del Estado requirente –que deberá cumplir determinados requisitos–, ante el Ministerio de Justicia; y concluye en el Consejo de Ministros, con la autorización o no de continuar el procedimiento en vía judicial (pp. 63 a 85). A continuación, Carlos Bautista puntualiza las actuaciones procesales ante el juzgado central instructor de la Audiencia Nacional, como la comparecencia del artículo 12 LEP, otorgando especial relevancia al control judicial del consentimiento del *extradendus* a la extradición, al principio de especialidad y a la adopción o no de medidas cautelares personales para el reclamado (art. 8.3 LEP), al régimen de la prisión provisional y a la posibilidad de solicitar de oficio o a instancia de parte, complemento informativo al Estado requirente (pp. 87 a 97).

El autor continúa el recorrido procesal de la extradición pasiva, fotografiando los actos que se suceden ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, una vez concluida la fase ante el juzgado instructor (pp. 99 a 106). Denomina, de forma original, como «fase intermedia», a la que se corresponde con la instrucción del procedimiento y evacuación de los denominados escritos de alegaciones del artículo 13 LEP, en los que el Fiscal, abogado defensor y, en su caso, la representación del Estado reclamante, formularán las alegaciones que estimen pertinentes en orden a la concesión o denegación de la extradición y la solicitud de prueba. El autor continúa su retrato extradicional con las vicisitudes de lo que comporta la vista de extradición ante la Sala. Y remata con la decisión que adopta la Sala (auto), con interesantes consideraciones sobre la cosa juzgada extradicional (pp. 221 a 225); y sobre los recursos que caben contra ese y sucesivos autos (pp. 227 a 230). Es digno de resaltar lo exquisitamente respetuoso que es el fiscal Bautista con las posibles bondades que la ley le confiere al *extradendus* en la decisiva fase intermedia.

### IV

La tercera columna del libro se vertebra sobre los posibles motivos de oposición que pueden concurrir en una extradición. Así, Bautista Samaniego trata la doble incriminación, deteniéndose en el juicio de tipicidad y en los

elementos del delito que deben ser considerados a efectos de esta causa de denegación; la problemática de los tratados con listados de delitos objeto de extradición (*numerus clausus*); el delito provocado o la *conspiracy* en los Estados Unidos de América (pp. 107 a 122). El autor repasa el mínimo punitivo y el principio de accesoriedad (pp. 126 y 126); y profundiza en el juicio en ausencia del que ha sido objeto el *extradendus* en el Estado requerido, bajo el foco de la evolución jurisprudencial nacional, del TEDH y del TJUE, con gráficas comparaciones con la Orden Europea de Detención y Entrega (pp. 126 a 136). Asimismo desarrolla la condición de nacional del Estado requerido como causa obligatoria o facultativa de denegación de la extradición, con énfasis en problemas frecuentes, como el juego de la doble nacionalidad; la consecuencia de la denegación por razón de nacionalidad, incluido el principio *aut dedere aut iudicare*; esboza los puntos esenciales de la doctrina *Petruhhin* del TJUE sobre la extradición de ciudadanos de la Unión Europea que circulan por Estados miembros distintos a los de su nacionalidad; y reflexiona sobre la posible asimilación del ciudadano residente al nacional a efectos extradicionales (pp. 136 a 151).

El autor señala también los criterios por los que se puede denegar la extradición para el caso de que España ostente jurisdicción, por el principio de territorialidad u otros extraterritoriales (pp. 151 a 157). Brilla por su excepcionalidad en nuestra doctrina, la formulación de Bautista del delito político como causa denegatoria de la extradición, lo que no es nada fácil; lo define, ocupándose de la teoría objetiva y subjetiva, y describe los elementos que deben configurarlo (pp. 157 a 172). Delito político que nada tiene que ver con los supuestos en los que la extradición es solicitada por un delito común, pero encubre una finalidad de persecución (pp. 218 a 219). Igualmente, el autor razona respecto de otras posibles causas de denegación de la extradición: el delito militar; los delitos cometidos a través de los medios de comunicación social; los que solo se pueden perseguir a instancia de parte –con la excepción de la violación, estupro, rapto y abusos deshonestos (art. 4 LEP)–; y de los hechos enjuiciados en el Estado requirente ante un tribunal de excepción (pp. 172 a 178).

La polémica sobre la amnistía, el indulto, y la prescripción como causas de extinción de la responsabilidad criminal, son estudiadas por Bautista, como posibles excepciones a la entrega extradicional, con todas las peculiaridades que presentan. Por ejemplo, el cómputo del plazo de prescripción, el *dies a quo*, su interrupción, la estimación de la prescripción por el Estado requerido, aun cuando el Estado requirente manifieste que la acción o la pena no está prescrita o la prueba de derecho extranjero (pp. 178 a 185). A la par, Carlos Bautista nos ilustra, con apoyo de la doctrina del TJUE, sobre si la cosa juzgada y la litispendencia se erigen en causas denegatorias de la extradición (pp. 185 a 194).

La mera presunción, o la realidad normativa vigente en el Estado requerido, de que el *extradendus* puede ser sometido a pena de muerte, torturas o tratos inhumanos o degradantes, se convierte también en un esmerado desarrollo argumental para Bautista, que no duda, según los casos, en propugnar

tajantemente la denegación de la extradición, o en exigir las garantías suficientes para que la vida y/o la integridad del reclamado se respeten (pp. 195 a 212). Carlos Bautista concluye el bloque con un análisis de las posibles causas impeditivas de entrega, refiriéndose al asilo y su incidencia en el impedimento de la extradición, detallando el principio de *non refoulement* (pp. 212 a 218); y a la minoría de edad penal (p. 219).

El autor corona su obra con cuestiones como la solución al posible conflicto de concurrencia de pedidos extradicionales (p. 231); las consecuencias de la decisión denegatoria o no de la entrega (pp. 233 y 234); el posterior recorrido del procedimiento ante el Gobierno y sus posibles decisiones, cuando la Sala de lo Penal han accedió a la entrega (pp. 237 a 240); la suspensión de la entrega (p. 241); su materialización (pp. 243 a 246); la ampliación de la entrega (pp. 247 a 250); la extradición en tránsito (p. 251) y la distribución de los gastos ocasionados (p. 253). El libro se cierra con dos anexos, uno sobre el modelo de instrucción del fiscal, relacionado con el artículo 13 LEP (p. 255 a 257), y el otro, con un útil listado de tratados de extradición y de otros tratados con disposiciones relativas a la extradición vigentes en España (pp. 259 a 264).

## V

Ya he pronosticado que nos encontramos ante una monografía llamada a posicionarse en la cúspide del Derecho extradicional, que revela problemas y argumenta soluciones a los mismos. Una obra de enorme interés e imprescindible para el alumno, para el investigador, para el operador jurídico, y, en definitiva, para todos aquellos intrigados en conocer con profundidad y precisión las entrañas del procedimiento de extradición pasiva y las causas de oposición a la misma.

De todo lo que he leído en los últimos tiempos –y ante la proliferación de obras escritas al peso e inconsistentes, especialmente en ámbitos académicos, que buscan añadir un (de)mérito a los currículos– es de las veces que he dicho: con este libro de Carlos Miguel Bautista Samaniego, ¡he aprendido!

MANUEL OLLÉ SESÉ

Profesor de Derecho Penal Internacional  
Universidad Complutense de Madrid.  
Abogado

## Revista de Revistas

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; CARRASCO ANDRINO, M.<sup>a</sup> del Mar y ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier: «Comentarios a la Sentencia dictada por la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo 459/2019, de 14 de octubre, en el llamado “caso del *procés*”», en *Foro de Profesores*, núm. 2, 17 de enero de 2020, 18 páginas.

Unos queridos y prestigiosos compañeros, encabezados por mi maestro, el prof. Enrique Gimbernat, catedrático de la Complutense, han escrito esta respuesta, valiente y equilibrada, al Informe de unos pretendidos Observadores nacionales e internacionales al denominado juicio del «*procés*». Vives Antón, catedrático de Valencia, Díez Ripollés, de Málaga, Mar Carrasco, de Alicante y Javier Álvarez, de la Carlos III demuestran la falsa argumental e ignorancia de nuestro Derecho de aquellas personas y la rectitud de la Sentencia del TS. Para quien esto escribe es una verdadera satisfacción recensionar este brillante y certero escrito, que desmenuza y responde, paso a paso, a las inexactitudes, provocaciones y falacias del texto de los que no sé que observaron ni a qué se dedicaron, excepto a intentar desprestigiar, sin fundamento alguno, a nuestra más alta Sala de Justicia Criminal.

Los magníficos Comentarios que reseño se dividen en dos grandes partes: las cuestiones sustantivas y las procesales. A ellas se acompañan unas rigurosas y explícitas conclusiones, determinantes para sentar lo equivocado y sectario del Informe del que trae causa este rotundo trabajo de respuesta.

Dentro de las primeras, ocho puntos destacan. Partiendo de las manipulaciones del inaceptable texto refutado, el ahora publicado por los ilustres compañeros parte del asalto al ordenamiento jurídico español de los reos, al intento de «blanqueo» de las conductas sediciosas y la ilegalidad de las mismas por los observadores, ratificadas luego, sin ambages, por los profesores, autores del texto, al haber realizado los procesados un alzamiento público y tumultuario, elementos claros del tipo, sustituido en el zafio documento por desobediencia tumultuaria, que no es lo mismo, ni son términos sinónimos y por negar la evidencia de haber impedido con sus conductas el ejercicio de las funciones públicas y la sistemática desobediencia a cuanto el Derecho exigía. En cuanto a la crítica torticera que se hace del simple ejercicio de reunión y libertad de expresión, lo llevado a cabo en esos días en Cataluña

tuvo mucho más que ver con traspasar ampliamente los límites de los mismos, paralizando una Comunidad Autónoma y agrediendo a los servidores estatales, asunto desvirtuado en el documento que se refuta.

En cuanto a los argumentos procesales alegados, todos quedan diluidos en el excelente Comentario de los ilustres catedráticos y sus respuestas en nueve apartados congruentes. La competencia judicial fue la correcta, existiendo el aforamiento en nuestra legislación adjetiva y habiéndose desempeñado la instrucción y la vista oral con las máximas garantías. Las defensas se expusieron en sus argumentos y la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal fueron partes contradictorias. El juez fue imparcial y la prueba practicada exquisita, así como no existió detención ni prisión arbitraria de los acusados por la evidente gravedad de los delitos presuntamente cometidos. Tampoco ha de olvidarse el hecho de la malversación de caudales públicos, desconocido en el escrito del Informe, «uno de los mayores crímenes que puede cometer un servidor público».

Las conclusiones de Gimbernat, Vives Antón, Díez Ripollés, Carrasco y Álvarez son un modelo de ecuanimidad y conocimiento de nuestras leyes, partiendo de la corrección de la resolución del TS y de su adecuada respuesta a uno de los más graves ataques sufridos por nuestro orden constitucional. La Constitución y el Estatuto catalán fueron gravemente vulnerados y el independentismo sufrió un importante y justo varapalo. Que en nuestro país el tiempo pasa muy deprisa, como decía el presidente Suárez, lo demuestra la posición actual del gobierno, necesitando a los miembros de los partidos separatistas para formar el ejecutivo. De ahí, que hoy se hable, impunemente, de empezar a otorgar beneficios penitenciarios a los condenados y de reformar el Código Penal para rebajar las penas de la sedición, haciendo inútil tanto esfuerzo y dedicación procesal. Una manifestación he de hacer respecto a esto último, a la vista de la situación ahora creada: jamás aceptaré la degradación del grave delito que nos ocupa con sanciones inferiores a las recogidas en el texto punitivo y si tal se impone, renunciaré a ser miembro permanente de la Comisión de Codificación a la que pertenezco desde el año 1980, si el dictamen se ofrece al consultivo Organismo. Hay cosas que no merecen la pena.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: «La sentencia del “Proces”. Consideraciones técnicas y reacciones populares», en *Notario del siglo XXI*, núm. 88, noviembre/diciembre, 2019, pp. 6 y ss.

El prof. Rodríguez Ramos, abogado y catedrático jubilado de la Complutense y la UNED, ha publicado un breve trabajo aleccionador acerca del juicio del denominado «Proces». En pocas páginas nos ha presentado el meollo

del asunto desde una óptica jurídica y valorando, en sus justos términos, la sentencia del TS, de 14 de octubre de 2019. El repaso que realiza de la misma es excelente y digno de encomio, siguiendo la pista de mi maestro, el prof. Gimbernat, en sus artículos en «El Mundo», al respecto. Pero este trabajo de Rodríguez Ramos es más descriptivo aunque, ciertamente, también comprometido con la verdad y el derecho.

Vaya por delante mi posición. Yo valoro extraordinariamente la presidencia de D. Manuel Marchena, su rigor y justeza en dirigir la complicada vista, así como su impecable ponencia y no admito expresiones relativas a la decepción que nos ha producido su actuación, calificada por algunos de tibia en cuanto a su resultado final. En cuanto quienes entienden sus intervenciones como sectarias y contrarias permanente a los reos, nada aportan, excepto su complicidad con los acusados. Conocí al hoy presidente de la Sala II del TS cuando era miembro de la carrera fiscal en un tribunal del 4.º turno, donde coincidimos. Ya era fácil advertir sus conocimientos y equilibrio en sus opiniones. Después la vida nos unió en algunos actos académicos y en nuestro amor por la ópera, habiéndole yo regalado algunos de mis especializados libros. Pero la amistad nada tiene que ver con elogio presente, más que merecido y que debe ser su patrimonio. Su dignidad e inteligencia han quedado marcadas para siempre en las grabaciones y retransmisiones del juicio oral. Únicamente las personas torticeras pueden criticar su gran hacer. El presidente Marchena y el TS en general, se han cubierto de responsabilidad y de cumplimiento del Derecho. No otros.

La tesis fundamental del prof. Rodríguez Ramos se refiere a determinados asuntos y máxime cuando son tan graves. La admirable prudencia de una Sentencia dentro de un complejo escenario y lo meritorio de la misma entre pasiones provocadas por algunos. La independencia de la Sala y el razonamiento adecuado, respondiendo a todos los argumentos esgrimidos, respecto a la pretendida vulneración de los derechos fundamentales de los acusados. Asimismo, en relación a la tipicidad de los hechos, el prof. Rodríguez Ramos critica la enunciación del delito de rebelión, escasamente modificado en nuestra historia penal. Y finaliza su análisis pronosticando el escaso éxito de los posibles recursos ante instancias europeas.

La STS condena a los acusados por sedición, cambio en hora postrera debido a la Abogacía del Estado, muy presionada, en mi opinión, por el ejecutivo. La fiscalía se mantuvo en la consideración de encajar los graves hechos en la rebelión, demostrada, en mi criterio, en la abundante prueba presentada, testifical y documental. El fallo condenatorio responde también a un criterio de cierta oportunidad, nunca extraño a la Justicia. El anuncio de dos votos particulares de otros tantos magistrados, rompiendo la unanimidad de la condena por rebelión, que es lo que efectivamente se produjo, determinó el completo acuerdo en la sedición. Cara a Europa y sus tribunales competentes, ignorante en ocasiones del verdadero acontecer nacional, es, sin duda, más potente esta resolución concordada. Otra cosa es que la mayoría haya cedido por los motivos expuestos. En cualquier caso, las condenas son elevadas. Que la Generalitat utilice ahora sus competencias para dulcifi-

car la ejecución no pertenece al TS, una vez que Interior acordó el cumplimiento en Cataluña, lo que podía haber perfectamente evitado pues esa responsabilidad es de Instituciones Penitenciarias.

En todo caso, la reflexión del prof. Rodríguez Ramos, que no alcanza a todo cuanto he expuesto en estas líneas, da pie a un conocimiento verídico y eficaz de este trascendente asunto, posiblemente uno de los más relevantes de cuantos se han juzgado en España en los últimos tiempos.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático Emérito de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

## INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

**Temas de interés:** *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* publica trabajos originales sobre cualquier ámbito relativo al Derecho penal y materias afines, tales como Derecho penitenciario, Política criminal, Criminología, Derecho administrativo sancionador o Derecho procesal penal.

**Periodicidad:** Anual.

**Envío de originales.** Los trabajos deberán ser originales e inéditos en España. Se enviarán en lengua castellana, escritos en Microsoft Word o formato compatible, indicando una dirección de correo electrónico de contacto. Deberán remitirse por correo electrónico a una de las dos siguientes direcciones: rafael.alcacer@urjc.es, o carmen.figueroa@uah.es.

**Formato.** Los originales deberán estar escritos a espacio y medio, en letra Times New Roman, formato 12, con páginas numeradas. La extensión total del trabajo oscilará entre 20 y 50 páginas, incluidas notas a pie de páginas, índice y apéndices en su caso. En la primera página se incluirá el título, el nombre del autor y su filiación académica o profesional. El trabajo deberá acompañarse de dos resúmenes de unas 120 palabras, en español y en inglés, así como de un listado de palabras clave, también en los dos idiomas.

Las referencias bibliográficas se citarán del siguiente modo:

- a) *Libros:* RUIZ ANTÓN, L. F., *El agente provocador en Derecho Penal*, Madrid, 1982.
- b) *Revistas:* RUIZ ANTÓN, L. F., «La acción como elemento del delito y la teoría de los actos del habla: cometer delitos con palabras», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 5-34.

Si se incluye una bibliografía al final del artículo, las referencias en nota a pie de página se limitarán a incluir el nombre del autor, fecha de publicación (si es un libro) o abreviatura de revista, y número de página. Si no se incluye, la primera mención a la obra bibliográfica en nota a pie de página deberá ser completa, y las sucesivas deberán incluir el número de la nota a pie de página donde la referencia aparece completa.



Los originales que no se atengan a tales especificaciones, podrán ser devueltos a sus autores para su corrección.

**Recensiones.** El *Anuario* acepta recensiones de libros y revistas, siendo aconsejable una extensión inferior a 10 páginas. La aceptación para su publicación dependerá de la dirección editorial.

**Proceso de admisión y publicación.** Los trabajos remitidos a *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* serán sometidos a la evaluación confidencial de dos expertos ajenos al Consejo de Redacción, de cuya evaluación positiva dependerá la aceptación para su publicación. En caso de no ser admitido, el trabajo se devolverá a su autor, junto con los informes emitidos por los evaluadores. Si los evaluadores propusieran modificaciones al trabajo, el equipo editorial podrá sugerir al autor la introducción de las mismas como condición para su publicación.

# ÍNDICE

Págs.

## NECROLÓGICA

<i>Prof. Dr. H.C. Miguel Bajo</i> , por Silvina Bacigalupo .....	5
--	---

## SECCIÓN DOCTRINAL

<i>En defensa de la teoría de la imputación objetiva contra sus detractores y –también– contra algunos de sus partidarios</i> , por Enrique Gimbernat Ordeig .....	9
<i>Mitos y modas del Derecho penal tras algunos años de experiencia</i> , por Gonzalo Quintero Olivares ..	21
<i>Actualidad de Luis Jiménez de Asúa en 2019, a los 130 años de su nacimiento y a los 49 de su muerte</i> , por Antonio Cuerda Riezu .....	59
<i>La justicia penal en el levantamiento comunero de Castilla. Las ejecuciones de Villalar y otros episodios</i> , por Ricardo M. Mata y Martín .....	91
<i>La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de terrorismo. El terrorismo: ¿riesgo en el tráfico jurídico y empresarial?</i> , por M. Elena Torres Fernández .	139
<i>Una nueva prueba de la teoría de los sentimientos de inseguridad explicativa de la firmeza frente al delito</i> , por Alfonso Serrano Mañllo .....	173
<i>Antecedentes normativos del sistema de individualización científica</i> , por Enrique Sanz Delgado .....	207
<i>Prisión permanente revisable y el TEDH: algunas reflexiones críticas e implicaciones para el modelo español</i> , por José Núñez Fernández .....	267
<i>El medicamento como instrumento del delito: análisis del delito farmacológico y las intoxicaciones medicamentosas desde la Medicina legal, el Derecho penal y su jurisprudencia</i> , por Sergio Cámara Arroyo .....	307
<i>La legislación internacional y nacional ante el fenómeno de la financiación del terrorismo. ¿Estamos en el camino correcto?</i> , por Covadonga Mallada Fernández .....	421
<i>La responsabilidad civil derivada del delito de administración desleal en el ámbito de las sociedades de capital</i> , por Enrique Gandía Pérez .....	467
<i>Sobre la marginación político-criminal de la solidaridad: crítica y algunas vías de solución</i> , por Albert Estrada i Cuadras .....	523
<i>Pasado, presente y futuro de la medida de seguridad de libertad vigilada para sujetos imputables</i> , por María Pilar Marco Francia .....	553
<i>Análisis normativo de la regularización penal tributaria como excusa absolutoria</i> , por Daniel Fernández Bermejo .....	601
<i>Evolución de los delitos contra la Hacienda Pública a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por Francisco José Rodríguez Almiron .....	643
<i>Hacia un nuevo concepto de reinserción</i> , por Puerto Solar Calvo .....	687
<i>El boicot a la reinserción social desde el Derecho procesal penitenciario. Apuntes críticos sobre el procedimiento de concesión de permisos de salida y propuestas para su mejora</i> , por Laura Delgado Carrillo .....	719

## PREMIO SUSANA HUERTA DE DERECHO PENAL

<i>Protección de la intimidad a través de la salvaguarda de las imágenes o grabaciones realizadas con consentimiento, pero difundidas sin dicho consentimiento</i> , por Marta Ruiz de Velasco Pérez .....	747
--	-----

## CRÓNICAS EXTRANJERAS

<i>La Ley de responsabilidad penal empresaria de la República Argentina (27.401) y la responsabilidad de la persona jurídica</i> , por José Daniel Cesano .....	779
<i>¿Hacia un penitenciarismo latinoamericano? Cambios y continuidades en las políticas penitenciarias argentinas (1900-1955)</i> , por Esteban González y Jorge Núñez .....	811
<i>Apuntes para un estudio histórico del personal penitenciario en la República Argentina: la creación del Cuerpo de Guardia de las cárceles (1911)</i> , por Hernán Olaeta y Juan José Canavessi ....	833
<i>Tutela antidiscriminatoria en el sistema penitenciario peruano</i> , por Damián Rafael Fuentes Cuenda .....	861

## SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

<i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional</i> , por Gema Martínez Galindo .....	921
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por Carmen Figueroa Navarro y Sergio Cámara Arroyo .	981
<i>Acuerdos del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo</i> , por Eduardo de Urbano Castrillo .	1097

## CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

por Carmen Figueroa Navarro y Sergio Cámara Arroyo .....	1103
--	------

## SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

### Revista de libros

<i>Reseña del libro «La prisión permanente revisable» de Ángela Casals Fernández</i> , por Carlos García Valdés .....	1107
<i>Reseña del libro «Libertad condicional y sistema penitenciario»</i> , de Vicenta Cervelló Donderis, por Carlos García Valdés .....	1110
<i>Reseña del libro «El sistema penitenciario español en la encrucijada: una lectura penitenciaria de las últimas reformas penales»</i> , de Puerto Solar Calvo, por Carlos García Valdés .....	1112
<i>Reseña del libro «Historia de las prisiones sudamericanas. Entre experiencias locales e historia comparada (siglos XIX y XX)»</i> , de José Daniel Cesano, Jorge Núñez y Luis González Albo, por Carlos García Valdés .....	1117
<i>Reseña del libro «Procedimiento de extradición pasiva. Doctrina y jurisprudencia»</i> , de Carlos Miguel Bautista Samaniego, por Manuel Ollé Sesé .....	1119

### Revista de revistas

<i>Reseña del artículo «Comentarios a la sentencia dictada por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo 459/2019, de 14 de octubre, en el llamado “caso del Procés”»</i> , de Enrique Gimbernat Ordeig, Tomás Salvador Vives Antón, José Luis Díez Ripollés, María del Mar Carrasco Andriño y Francisco Javier Álvarez García, por Carlos García Valdés .....	1125
<i>Reseña del artículo «La sentencia del Procés. Consideraciones técnicas y reacciones populares»</i> , de Luis Rodríguez Ramos, por Carlos García Valdés .....	1126

# 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

AVELINA ALONSO DE ESCAMILLA

Catedrática de Derecho Penal

Universidad San Pablo-CEU

MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA

Catedrática de Derecho Penal

Universidad Complutense de Madrid

ESTEBAN MESTRE DELGADO

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Alcalá

CARMEN LAMARCA PÉREZ

Catedrática de Derecho Penal

Universidad Carlos III de Madrid

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO

Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad Rey Juan Carlos

## Consejo Asesor

ADELA ASUA BATARRITA

Catedrática de Derecho Penal

Universidad del País Vasco

CONCEPCIÓN CARMONA SALGADO

Catedrática de Derecho Penal

Universidad de Granada

JUAN CÓRDOBA RODA

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Barcelona

CARMEN GÓMEZ RIVERO

Catedrática de Derecho Penal

Universidad de Sevilla

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Barcelona

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Rovira i Virgili de Tarragona

JESÚS M.<sup>a</sup> SILVA SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Pompeu Fabra

JAVIER BOIX REIG

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Valencia

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

Catedrática de Derecho Penal

Universidad de Barcelona

ALICIA GIL GIL

Catedrática de Derecho Penal

UNED

ELENA LARRAURI PIJOAN

Catedrática de Derecho Penal

Universidad Pompeu Fabra

MERCEDES PÉREZ MANZANO

Catedrática de Derecho Penal

Universidad Autónoma de Madrid

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Autónoma de Madrid

TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Valencia