Fundación Internacional de Ciencias Penales

Revista

Foro FICP

(Tribuna y Boletín de la FICP)

2016-2

(agosto 2016)

(ISSN: 2340-2210)

Consejo de Redacción

Director: Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D. Diego-Manuel Luzón Peña
Presidente de honor de la FICP. Catedrático de Derecho penal.
Universidad de Alcalá. Madrid. España.

Coordinación General: Prof. Dra. D.ª Raquel Roso Cañadillas
Patrona de la FICP. Prof. Titular de Derecho penal.
Universidad de Alcalá. Madrid. España.
Prof. Dr. D. José-Zamyr Vega Gutiérrez
Socio de la FICP. Investigador contratado. Acreditado Ayudante Doctor.
Universidad de Alcalá. Madrid. España.

Coordinación: Prof. D.ª Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz
Socia y coordinadora de la FICP. Investigadora contratada predoctoral FPI. Univ. de Alcalá
Prof. D. Enrique F. Luzón Campos
Secretario de la FICP. Abogado. Máster en Derecho. Prof. asociado Derecho Penal.
Prof. D.ª Lina M.ª Cardona Cardona
Socia de la FICP. Investigadora contratada predoctoral FPI. Univ. de Alcalá.

Edición: Fundación Internacional de Ciencias Penales. Madrid (España). www.ficp.es

La Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP), que ya creó en 2012 su revista Libertas concebida como revista penal de alto nivel científico y abierta a acoger artículos tanto de miembros de la fundación como externos a ella siempre que cumplan el indicado requisito, ha puesto en marcha en 2013 su revista interna, ***Foro FICP (Tribuna y Boletín de la FICP)****, dedicada a la participación de sus miembros, los socios y los patronos, así como de los integrantes del Consejo Científico de Redacción de Libertas, y también con carácter de boletín periódico.*

Con el número 2013-0 se ha puesto en funcionamiento Foro FICP como Tribuna/Boletín de la FICP, estando previsto que aparezcan varios números anuales, dependiendo de las posibilidades organizativas y del número de colaboraciones que nos vayan llegando de los socios.

La revista Foro FICP está abierta permanentemente a los miembros de la FICP, muy especialmente a los socios, para acoger por una parte y fundamentalmente todas sus colaboraciones sobre temas penales, de opinión o debate o de artículos y estudios, con independencia de su extensión y de que tengan o no notas y bibliografía, y por otra parte, las noticias que los socios y demás miembros quieran aportar en relación con actividades vinculadas al objeto de las ciencias penales.

Quedan por tanto ***invitados a participar*** *desde el número 2013-1 y siguientes* ***en Foro FICP todos los patronos y socios de la FICP****, o miembros del Consejo internacional científico y de redacción de Libertas, que lo deseen, enviando al correo electrónico contacto@ficp.es* ***estudios o artículos, trabajos cortos de opinión, reflexión o debate y noticias****.*

Se publicarán los originales ***tanto en español como en portugués e italiano****.*

Foro FICP es una revista ***abierta al acceso libre*** *por cualquiera que visite la web www.ficp.es.*

SUMARIO

I. TRIBUNA (para los miembros de la FICP) 6

1. Opinión, reflexión y debate 6

Prof. Dr. Moisés Moreno Hernández / Mtro. Juan Moreno Sánchez 6
Conclusiones y recomendaciones del II Congreso Internacional de Derecho Procesal Penal sobre "Los grandes retos y perspectivas del nuevo sistema procesal penal acusatorio y oral en México"

Prof. Dr. Joan Josep Queralt 32
Berlusconizando

2. Estudios 35

Prof. Dr. Moisés Moreno Hernández 35
Fortalezas y debilidades del Código Nacional de Procedimientos Penales (La lucha poco fructífera por un modelo procesal penal para México)

Prof. Dra. Margarita Roig Torres 87
La «frustración de la ejecución»: el modelo alemán y la nueva regulación del Código Penal español

Ponencias mantenidas en el XIX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá 138

Prof. Dr. Vittorio Manes 138
"*Common law-isation* del diritto penale"? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future

Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón 166
El papel de los expertos y de la "voluntad popular" en la política criminal contemporánea

Prof. Dra. Isabel Durán Seco 189
Consideraciones de Derecho penal material y procesal al hilo de la sentencia del caso «Isabel Carrasco»

Prof. Beatriz E. Suárez López 193
El delito de contaminación ambiental, a propósito de la minería ilegal en Colombia

Natalia Torres Cadavid 204
Responsabilidad penal del asesor fiscal

Comunicaciones presentadas al III Congreso Nacional Penitenciario Legionense, Univ. de León 214

Alfonso Allué Fuentes 214
El derecho a la salud de los internos en el ámbito penitenciario

Antonio Bueso Alberdi 221
La libertad condicional

M.ª Guadalupe Domínguez Dueñas 231
Los derechos de los condenados

Prof. Marta Escudero Muñoz 239
Aplicación de la libertad condicional a los penados por delitos terroristas

Prof. Dr. Daniel Fernández Bermejo 249
La naturaleza jurídica de la reinserción social. Incompatibilidad con las penas largas de prisión

Amalia Fustero Bernad 269
La mediación penitenciaria como justicia restaurativa

Ildefonso Manuel Gómez Padilla 274
El deporte como método de reinserción en el Derecho penitenciario español
Dra. Tàlia González Collantes 279
La medida de internamiento psiquiátrico y por qué renunciar a los hospitales penitenciarios
María del Carmen de León Jiménez 300
Los establecimientos penitenciarios en España
Prof. Dra. Margarita Roig Torres 309
La regulación de la prisión permanente revisable como modalidad de suspensión
Prof. Dra. Margarita Roig Torres 325
La nueva regulación de la suspensión de las penas privativas de libertad
Sacramento Ruiz Bosch 338
Recursos procedentes ante la denegación de los permisos penitenciarios de hasta 48 horas por parte del centro directivo. Análisis de la postura jurisprudencial más reciente
Joana Ruiz Sierra 346
Arrepentimiento, perdón y mediación penal en los delitos de terrorismo
Daniel Sánchez Romero 355
Cumplimiento de la pena y abono de la prisión provisional
Inmaculada Serrano Pérez 363
La responsabilidad civil en la LO 7/2003 en el tratamiento penitenciario y en especial en relación con la víctima
Silvia Vivó Cabo 372
La libertad condicional de condenados a prisión permanente revisable tras la Ley Orgánica 172015, de 30 de marzo
II. LEGISLACIÓN Y PROYECTOS DE LEY 380
1. Colombia 380
Ley 1786, del 1 de julio de 2016 380
Ley 1787 del 6 julio de 2016 383
Resolución Núm. 0-2370, de 11 julio de 2016 390
Proyecto de Ley Núm. 256 de 2016, Cámara, 99 de 2014 Senado, acumulado con el Proyecto de Ley Núm. 145 de 2015 Senado. 403
III. NOTICIAS DE LA FICP 404
1. Congresos, seminarios y cursos 404
2. Acto homenaje a Claus Roxin 411
IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP 420
1. Distinciones, galardones; grados académicos 420
2. Libros y artículos recientes de miembros de la FICP 424
3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP 427

I.TRIBUNA

(para los miembros de la FICP)

1. Opinión, reflexión y debate

Prof. Dr. Moisés Moreno Hernández

Catedrático de Derecho Penal. Presidente y Director General del CEPOLCRIM y del II Congreso Internacional de Derecho Procesal Penal. Socio de la FICP.

Mtro. Juan Moreno Sánchez

Relator del II Congreso internacional de Derecho Procesal Penal.

∽Conclusiones y recomendaciones del II Congreso Internacional de Derecho Procesal Penal sobre "Los grandes retos y perspectivas del nuevo sistema procesal penal acusatorio y oral en México"[1]~

De la multiplicidad de conferencias y paneles de discusión que se presentó durante el II Congreso Internacional de Derecho Procesal Penal, se estableció que uno de los grandes retos de la agenda nacional es llegar a una correcta implementación del nuevo sistema de justicia penal mexicano el próximo mes de junio de 2016. Esta tarea, nada sencilla, como quedó de manifiesto en los diversos ejercicios de Derecho comparado en los ámbitos nacional e internacional en que exploró el sistema procesal acusatorio, requiere un profundo conocimiento de la orientación político-criminal de la multicitada reforma constitucional de 2008, así como de los fines y alcances de la misma, cuyo desarrollo en el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), si bien uniforma las diferentes lecturas que sobre el proceso penal acusatorio se habían generado en las codificaciones de las entidades federativas, reproduce algunos de sus problemas y crea otros tantos.

[1] Congreso celebrado del 30 de noviembre al 3 de diciembre de 2015 y organizado por el Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (CEPOLCRIM), el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla y la Asociación Mexicana de Derecho Penal y Criminología (AMPEC / ALPEC). Dirección: Prof. Dr. Moisés Moreno Herández. Complejo Mexicano de Capacitación, Ciudad de Cholula, Puebla (México). Puede consultarse el documento original con las conclusiones y recomendaciones del II Congreso en el siguiente enlace de nuestra página web.

Sin lugar a dudas, la visión integral sobre los problemas y la funcionalidad del Código Nacional de Procedimientos Penales, nos permiten valorar los grandes retos y perspectivas del sistema acusatorio desde todas las trincheras en las que participan sus distintos sujetos procesales. Por ello, las aportaciones que se hacen en este Congreso Internacional organizado por el CEPOLCRIM y la AMPEC/ALPEC, que se resumen en los siguientes puntos, seguramente serán de utilidad para la búsqueda constante de un mejor sistema de justicia penal para México.

I. ASPECTOS IDEOLÓGICOS Y POLÍTICO-CRIMINALES DEL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL

1. Modelos procesales y Estado de derecho

a) Tanto la acusación como la inquisición son formas que teóricamente no se contraponen, sino que se trata de formas diferentes para solucionar un problema; por ello, tanto los sistemas acusatorios como los inquisitivos pueden ser compatibles con el Estado de derecho, como sucede en el ámbito europeo. La diferencia es que ambos procedimientos suponen realidades históricas distintas y portan un método característico para la obtención de la verdad, y esa diferencia deriva en el gran problema que tiene que ver con la forma de funcionar de la instrucción y con los alcances que se da a la función del juicio oral y, por tanto, a la observancia o no de ciertos equilibrios procesales.

b) Un proceso inquisitivo se asocia al concepto de la justicia fundada en el conocimiento de lo sucedido, utiliza a la escritura como medio de comunicación y donde la libre voluntad de los protagonistas carece de valor para resolver el conflicto; mientras que un proceso penal acusatorio es un proceso de partes, esto es, un procedimiento de lucha o combate intelectual de intereses contrapuestos entre el "acusador" y el "acusado", de donde resulta un ganador y un perdedor, y denota la búsqueda de un acuerdo, de un consenso.

c) Históricamente, el modelo acusatorio, que adopta el esquema del derecho privado (actor y demandado), implica la observancia efectiva de una suma de principios básicos (separación de funciones, inmediación, publicidad, oralidad, derecho de defensa). Sin embargo, se cuestiona que ellos no llegan a materializarse en el juicio oral, precisamente porque cada vez se prescinde de éste; lo que ocasiona que el calificativo "acusatorio" que actualmente se le pone al procedimiento penal resulte una "hipocresía".

d) Las reformas iberoamericanas al sistema penal de fines del siglo pasado y principios de éste, incluyendo la mexicana, muestran esa hipocresía; además, las dificultades prácticas que guardan en nuestros días derivan de una organización judicial deficiente –que se remonta a la época colonial, que continua en la América independiente y llega hasta nuestros días- que se resiste al cambio. De ahí que también se sugiere una adaptación del sistema judicial a la idea del Estado de derecho, así como un nuevo sistema de control de las decisiones judiciales en materia penal, que no se ejerza verticalmente en una justicia de gabinete sino que siga un sistema horizontal, que es el que se corresponde con el Estado de derecho.

e) El proceso penal europeo continental comenzó a desvirtuarse a partir del siglo XIX, generando un desequilibrio en el principio de Estado de Derecho, que derivó en una tensión entre el debido proceso y las diligencias para el esclarecimiento de la verdad, debido precisamente al policiamiento de la instrucción, al empoderamiento del servicio secreto y a la pérdida de la función del juicio oral. La pérdida de función del juicio oral, al ser sustituido por las salidas alternas, lo ha reducido casi a una mera confirmación del sentido de la investigación, la cual se ha tornado como dueña del proceso penal y ha roto el equilibrio procesal.

f) Por lo que hace a los modelos procesales de corte "*continental europeo*" y el "*angloamericano*", no obstante lo aparentemente antagónicos y que ninguno logra un equilibrio de roles, se afirmó que ellos pueden ser compatibles a partir del principio del Estado de derecho; pero, se destacó las ventajas y desventajas del principio acusatorio y su impacto en los modelos acusatorio adversarial norteamericano y continental europeo, así como en la Constitución Política mexicana y en el CNPP. Por lo que, por virtud del principio acusatorio, propio de un Estado de derecho, debe procurarse conformar las mejores garantías para la investigación de la verdad material, cuyos malos resultados, en todo caso, afectarán el desarrollo del juicio oral en cualquiera de los referidos sistemas procesales.

g) Se destacó, asimismo, que la *negociación de la justicia* es un mecanismo que no corresponde al Estado de derecho; por lo que, es necesario desarrollar una estructura procesal moderna, sobre todo para el caso de las nuevas formas de criminalidad.

2. La función político-criminal del proceso penal y su relación con el derecho penal material en Estados democráticos de derecho

a) Se afirmó que, históricamente, la misión fundamental del procedimiento penal en Estados democráticos de derecho ha sido "***la búsqueda de la verdad***", sobre todo de la *"verdad material"*; así el procedimiento continental europeo, ya se trate de modelos procesales inquisitivos o acusatorios.

b) El *modelo inquisitivo* se ha caracterizado, desde sus primeras manifestaciones hasta ahora, por atribuirle al proceso la "búsqueda de la verdad material" como su principal fin, no obstante los abusos en que incurrió durante la época absolutista por los medios de prueba que utilizó, ya que no conocía la idea de que un hecho se pudiera comprobar con "medios racionales", como sucede en el actual procedimiento penal continental europeo (de corte mixto), que se rige por el principio de *oficialidad*, según el cual el inicio del proceso no se lleva a cabo por una persona privada sino que la persecución está a cargo del Estado; el principio *acusatorio*, conforme al cual la producción y recopilación de la prueba se realiza de oficio y quien acusa es el fiscal, y el principio de la *verdad material*, con medios de prueba racionales –como la declaración de testigos, los indicios y otros medios empíricos-, que implica que el proceso penal está concebido para comprobar judicialmente la verdadera culpabilidad o inculpabilidad del procesado mediante una averiguación completa del hecho real; con lo que, no resulta suficiente considerar el comportamiento procesal de las partes para que el juez arribe a su decisión. Es decir, la búsqueda de la verdad material no se deja al arbitrio de las partes, como tampoco la sanción a imponer, como sí sucede en el modelo anglosajón.

c) En cambio, en el *sistema acusatorio adversarial*, si bien se sostiene que el proceso también persigue como fin averiguar la verdad, se trata de una "verdad" con otras características y otras formas de alcanzarla; así, se habla de una verdad "*formal*" o "*discursiva*", en el sentido de que "la verdad surge del discurso o comunicación entre las partes, sin interesar una realidad objetiva" o, incluso, "ella es lo que las partes consensuan o negocian". Por lo que, la presentación y desahogo de las pruebas depende de los intereses de las partes y de sus esfuerzos y habilidades, que no necesariamente se corresponde con la *verdad material*; de ahí que su base probatoria se genera de manera diferente, con ciertas reglas de exclusión que resultan más estrictas que las del sistema continental-europeo, si bien en éste el juez tiene un poder discrecional más amplio en la

recopilación y valoración de la prueba, así como considerar todo medio de prueba que haya sido introducido en el juicio oral.

d) Para lograr el fin del proceso penal, que es la obtención de la *verdad material*, ésta resulta posible gracias a la libre valoración de la prueba que se realiza en un juicio oral, que posee una base racional - objetiva fundada en reglas de la lógica, en el sentido de una producción clara y conscecuente de la prueba, a la que se suma la "convicción personal" del juez sobre la verdad objetiva, y que incide en las reglas de la "sana ética", de uso tanto en el modelo procesal penal alemán y español como en las reformas de Latinoamérica, y ahora también en la reforma constitucional mexicana.

e) Que para entender la *función político-criminal del proceso penal* y su proyección en el CNPP, debe partirse de la base de que, tanto el sistema de justicia penal y el sistema procesal penal como el derecho penal, el derecho procesal penal y el derecho de ejecución de sanciones, son expresiones de la política criminal y, por ello, expresiones del ejercicio del poder estatal, que cumplen una determinada función y se someten a ciertos límites. Son *medidas político-criminales* que el Estado ha adoptado para alcanzar el objetivo de proteger los bienes jurídicos más importantes frente al delito y garantizar la vida ordenada en comunidad. Que, por razón de lo anterior, el *delito* y la *pena* constituyen el objeto central de atención de la política criminal y la política penal, así como de sus diversas expresiones, entre las cuales debe existir una muy estrecha relación, dados los fines comunes que ellas persiguen.

f) Que el sistema procesal penal y, por ende, el proceso penal, no son otra cosa que medios o instrumentos al servicio de los objetivos político-criminales del derecho penal material, que es el que nos dice qué es el *delito* y cuándo una conducta es considerada delictiva, cuál es la sanción penal y cuándo habrá que imponer una *pena*; luego entonces, su diseño y desarrollo en la legislación procesal penal no debe desvincularse de su razón de ser ni apartarse de su orientación filosófico-política en la consecución de tales objetivos.

g) Los *objetivos* político-criminales del derecho penal y la forma de alcanzarlos depende, entonces, del *tipo de política criminal y de política penal* que el Estado adopte, el cual puede responder a exigencias *democráticas* o a exigencias *autoritarias*, según sus postulados básicos, los principios en que se sustente y sus rasgos característicos. El nuevo sistema procesal penal, por tanto, además de ajustarse a la *ideología* del derecho penal material (según la Constitución e instrumentos

internacionales en que se sustenta), debe estar en condiciones de cumplir la importante *función* de hacer efectivos los objetivos político-criminales que se le han atribuido al derecho penal sustantivo o material, dentro de los mismos parámetros constitucionales y convencionales.

h) Pero que, atendiendo a su *función social*, el propio derecho penal material y sus objetivos tienen también que ser sometidos a revisión y a cambios, según las exigencias de la realidad social en constante evolución; por lo que, no debe olvidarse la *función social* que corresponde al derecho penal cuando se hace uso de él, la cual tiene que ser debidamente atendida por el derecho procesal penal y por todo el sistema de justicia penal que se construyen en torno a dichos objetivos.

i) Tanto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como los instrumentos internacionales que siguen la tendencia de Estados democráticos de derecho, consagran ciertos *principios fundamentales* que tienen la función de orientar a la política criminal y a la política penal del Estado mexicano; por lo que, en la medida en que esas políticas se sustenten en dichos principios, podrán igualmente ser caracterizadas como "democráticas". Esos principios fundamentales, por otra parte, además de establecer *límites* al poder penal de cada uno de los órganos del Estado, tienen también la función de *garantizar* derechos humanos de los individuos frente al ejercicio de dicho poder; por lo que, habrá que procurar que el nuevo sistema procesal penal mexicano se someta a tales principios.

j) Que, ciertamente, la *orientación filosófico-política* del nuevo sistema de justicia penal y, por tanto, de la legislación penal mexicana (tanto sustantiva como procesal), procura ajustarse a las exigencias del Estado democrático de derecho, pues al igual que el sistema vigente -formalmente visto- también se sustenta en criterios y principios que responden a esas exigencias, según las *bases* constitucionales en materia penal establecidas desde 1917. Sin embargo, habrá que reconocer que dichas bases consagradas en la Constitución (en 1917 y 2008) y en instrumentos internacionales no siempre han sido debidamente comprendidas y desarrolladas en la legislación secundaria; y esa falta de correspondencia en el CNPP puede también hacer que las bases de 2008 se lleguen a desvirtuar a la hora de implementar el CNPP; lo que haría que los objetivos de la reforma constitucional se queden sin cumplir.

k) Por ello, se cuestionó si con el CNPP el nuevo *sistema procesal penal* se encuentra ahora menos alejado de las aspiraciones que plantea la ideología de los

derechos humanos o no. Asimismo, a casi seis meses de concluirse el plazo constitucional para que el sistema esté implementado en todo el país, se cuestiona seriaVente si el nuevo sistema procesal penal, según la forma en que lo desarrolla el CNPP y la forma en que se está implementando, estará en condiciones de alcanzar, en una medida razonable, los siguientes ***objetivos*** que motivaron su adopción:

- Ser *más accesible* para recibir las denuncias de todas las personas y atender de mejor manera a las víctimas del delito, especialmente a los más débiles o vulnerables.
- Hacer que el sistema judicial sea *más rápido* y *menos costoso* que el anterior, y que realmente llegue a resolver las cuestiones que le son planteadas.
- Hacer que las decisiones que ahora se tomen sean *más predecibles* que antes. Hacer que el nuevo sistema procesal penal sea *más eficaz* que el sistema anterior en el control del crimen.
- Lograr que ahora haya *más respeto de los derechos humanos* y las garantías judiciales y que se sancione a quienes vulneran derechos humanos.
- Ser *más eficiente* en su gestión administrativa que el anterior.
- *Funcionar mejor* que el sistema anterior para controlar el problema de la *impunidad* y de la *corrupción*.
- Contribuir de mejor manera a la *legitimación del sistema democrático*; entre otros.

Si la respuesta a estos cuestionamientos es *positiva*, entonces habrá que concluir que el nuevo sistema procesal penal es *más funcional* que el tradicional con relación a sus propios objetivos.

l) Se puso de manifiesto que, hasta ahora, la realidad nos muestra que dichos *objetivos* aún están muy distantes de ser alcanzados; primero, porque la implementación de la reforma constitucional y del CNPP observa un retraso muy importante y, segundo, porque la forma en que se lleva a cabo no es uniforme en todo el país. Además de que los resultados de la reforma son aún muy escasos, hay muy pocas bases para hacer una evaluación seria de sus reales o posibles rendimientos, a pesar de los más de siete años que llevamos ocupándonos de ella; sin embargo, se previno de que no habrá que descartar posibles riesgos de que sus objetivos no se alcancen o se desvirtúen. De ahí

que, se sugirió seguir insistiendo en la necesidad de asumir compromisos más serios para prevenir posibles desencantos o frustraciones.

m) Por otra parte, se alertó que, para alcanzar los objetivos del proceso penal, no es admisible pensar que el derecho procesal penal puede funcionar sin considerar al derecho penal material, pues de lo contrario el proceso penal carecería de sentido. Que entre el *derecho penal* y el *derecho procesal penal* existe una ineludible vinculación, pues tanto la política criminal como el derecho penal viven y se realizan a través del procedimiento penal. Por ello, es necesario tener claridad sobre la función que corresponde al derecho procesal penal y, concretamente, al proceso penal, el cual debe ser visto como el medio ineludible para lograr los objetivos del derecho penal material; pero, ello también exige tener claridad sobre la *función* misma del derecho penal material en el sistema de justicia penal de un Estado de derecho.

n) El *derecho penal*, como expresión de la política criminal y, por tanto, como expresión del ejercicio del poder estatal, constituye uno de los medios que el Estado utiliza para lograr ciertos objetivos, como es la *protección de los bienes jurídicos más importantes de los individuos y de la colectividad frente al delito*; de ahí la importancia del derecho penal, que puede cumplir tanto funciones o fines preventivos como fines o funciones retributivas para lograr ese objetivo fundamental; lo propio se destacó del *proceso penal* y de todo el *sistema de justicia penal*, en tanto que ellos igualmente son expresiones de la política criminal.

o) Pero, para que esa función se lleve a cabo en forma correcta, en que se observen los derechos de las víctimas y de los imputados, así como las garantías y principios que procuran evitar que el ejercicio del poder se extralimite, se requiere también de un determinado medio, destacándose que ese medio no es otro que el "*procedimiento pena*l", cuyo desarrollo debe garantizar el adecuado ejercicio del poder penal, para que, dentro de las reglas del debido proceso, se logre el esclarecimiento de los hechos, que el culpable no quede impune y se proteja al inocente, garantizando un trato correcto a ambos, pero igualmente que los intereses de las víctimas que han sido afectados por el delito queden resarcidos, tal como ahora lo prevé la fracción I, Apartado A, del artículo 20 constitucional.

p) Por ello, se concluyó que el proceso penal debe estar diseñado en el CNPP para que se cumplan los objetivos político-criminales del derecho penal material; consecuentemente, la implementación del nuevo procedimiento penal debe hacerse

sobre la base de procurar un mayor acceso a la justicia, que ésta se realice de manera más ágil y sin menoscabo de los derechos y garantías de víctimas e imputados, que las decisiones judiciales debidamente fundamentadas y motivadas se rijan por la idea de justicia, de suerte que sólo se sancione al culpable, se combata eficazmente al crimen y se respeten los derechos humanos, entre otros objetivos.

3. La presunción de inocencia y su función político-criminal en el sistema procesal penal acusatorio

a) Por lo que hace al principio de *presunción de inocencia*, se destacó que éste juega un papel fundamental en los sistemas procesales de corte acusatorio, así como en sistemas mixtos, siendo su función político-criminal proteger a la persona a quien se imputa la comisión de un hecho penalmente relevante, para evitar que se le imponga una pena, o cualquier otra medida de carácter penal que pueda tener efecto semejante, mientras no se pruebe plenamente su *culpabilidad*. En razón de la importancia que ha adquirido para los sistemas de justicia de Estados democráticos de derecho, el principio de presunción de inocencia ha sido llevado de manera expresa a rango constitucional.

b) La presunción de inocencia rige desde el momento en que a una persona se imputa la comisión de un delito hasta que se le dicta la sentencia definitiva, la cual puede ser condenatoria o absolutoria; por lo que, durante todo el desarrollo del procedimiento penal al imputado se presumirá inocente, aunque exista la sospecha sobre él de que cometió el hecho o que participó en su comisión y de que puede ser culpable.

c) Ciertamente, corresponde al órgano acusador (Ministerio Público) demostrar la culpabilidad del imputado para la imposición de una pena por el juez; pero, para imponer una pena, no basta sólo demostrar la culpabilidad del imputado sino que se requiere también demostrar los demás presupuestos de la pena que tienen que ver con los otros *elementos del delito;* lo que sólo puede suceder en la audiencia de juicio oral.

d) Lo anterior requiere de una amplia y adecuada actividad probatoria y argumentativa, según las reglas establecidas para ello; lo que encierra no solo consideraciones de derecho procesal penal sino sobre todo de derecho penal material, que se refieren al concepto y estructura del *delito*. Y, como el imputado sigue gozando del derecho a la presunción de inocencia, mantiene inviolable su derecho de defensa, pero es liberado de la carga de la prueba; lo que, según se indicó, no excluye que él, en

ejercicio de su derecho de defensa, pueda ofrecer pruebas para demostrar su inocencia; pero, que también lo puede hacer, por su derecho a conocer la verdad.

e) También se cuestionó si la *presunción* de inocencia constituye un derecho absoluto o relativo del imputado y, por tanto, si se trata de una presunción *iuris et de iure* o de una presunción *iuris tantum*, concluyéndose que es un derecho "relativo" y una presunción *iuris tantum*, porque permite demostrar lo contrario; de ahí que la presunción de inocencia se destruye cuando se prueba la culpabilidad del sujeto. Asimismo, es un derecho relativo porque en el curso del procedimiento penal son admisibles ciertas medidas cautelarescuya aplicación igualmente implica limitación a la presunción; así, por ejemplo, se resaltó la aplicación de la *prisión preventiva*, que también obedece a objetivos político-criminales del proceso, como posibilitarel esclarecimiento de los hechos, que el culpable no quede impune y que se reparen los daños causados por el delito (consagrados a rango constitucional).

f) Si bien se reconoció que existe la opiniónde que la prisión preventiva está en completa oposición con el principio de presunción de inocencia, y de ahí que se pugne porque dicha medida cautelar desaparezca del sistema penal, se señaló que igualmente razones de política criminal hacen necesaria su permanencia; por lo que, debe buscarse su compatibilidad con en el sistema procesal acusatorio y señalarse de manera clara los *límites* de una y de otro.

g) En fin, se evidenció que, aún con la medida cautelar, el imputado sigue gozando del derecho a la presunción de inocencia y de otros derechos, pues existen otros elementos que también justifican la prisión preventiva, y de ahí la idea de no considerar a ésta como una "pena anticipada", según lo reconocen instrumentos internacionales (p. ej., el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a. 9.3), o como lo avaló la Comisión IDH (2013) y la Corte IDH (2006).

h) De todos modos se concluyó que, en virtud de la presunción de inocencia, por regla general el imputado debe permanecer en libertad; por lo que, la prisión preventiva debe ser la excepción en el marco del proceso penal de corte acusatorio. La exigencia, por ello, es que la legislación procesal penal y su aplicación práctica mantengan los *equilibrios* necesarios, evitando los excesos tanto en el uso de ésta como de otras medidas cautelares, pero permitiendo que los objetivos del proceso penal se alcancen de manera racional.

II. PROBLEMAS FUNDAMENTALES DEL CNPP

1. Por lo que hace concretamente a los contenidos del CNPP se reconoció, en primer lugar, la trascendencia de que México haya transitado hacia un sistema de ***codificación procesal penal única***, por las bondades que ello implica, y se resaltaron los aspectos positivos de dicho sistema, como el de superar los problemas de desigualdad en la procuración y administración de la justicia penal, provocados por la multiplicidad de leyes y la heterogeneidad de criterios procesales.

Se espera, asimismo, que la unificación de la legislación procesal penal redundará en *beneficios* para la sociedad mexicana y para el propio sistema de justicia penal, pues al unificarse los criterios, la aplicación del nuevo CNPP responderá en gran medida a la pretensión de superar los vicios del sistema procesal penal que se trata de sustituir.

2. Sin embargo, se señalaron algunos ***problemas fundamentales*** del CNPP, desde la perspectiva de su vinculación político-criminal, que aquí se destacan con el único propósito de buscar mejores alternativas, como los siguientes:

- Se resaltó que el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales ha quebrantado muchas tradiciones nacionales y es caracterizado por un fuerte giro en dirección al modelo procesal penal norteamericano, alejándose del modelo continental-europeo, que es en el tiene su mayor raigambre el sistema aún vigente; pero, con las garantías proclamadas en los artículos 4 y siguientes, se trata en realidad de un mero engaño, sólo que bien presentado.
- Por ello, el CNPP da la impresión de una combinación forzosa de estructura "acusatoria" y estructura de "partes"; pero, en realidad, el principio acusatorio puede combinarse con el rol inquisitorio del juez limitado al juicio oral, pues el puro proceso de partes, que otorga a éstas la facultad de disponer sobre el objeto del proceso y reemplaza al juicio oral contradictorio, que debería ser el eje central del proceso acusatorio, por el *plea bargaining* entre el Ministerio Público y el imputado o su defensor, presenta graves desventajas y peligros que, a su vez, aumentan cuando el ofendido adquiere un rol independiente de parte en el proceso.
- En fin, el elemento central del CNPP se basa en la insuficiente distinción entre procedimiento penal y procedimiento civil en el sistema de *common law* y, así, en una tradición jurídica completamente diferente a la mexicana; pues, a diferencia

del derecho civil, que se basa en el principio de "autonomía de las partes", en el derecho penal no hay libertad de actuar ni puede hacerse acuerdo o negocio alguno, y el hecho de penar a alguien sólo porque la persona está de acuerdo con ello es incompatible con la idea de *justicia*

- Se destaca, igualmente, que la introducción del puro procedimiento de "partes" emprendida por el CNPP, lejos de ahorrarle trabajo a la justicia, agrava aún más la sobresaturación del sistema penal; por lo que, al pasar el procedimiento abreviado a ser el caso normal, el remedio resulta peor que la enfermedad.
- El equilibrio entre las partes se rompe en perjuicio del inculpado, y ello implica una debilidad fundamental del procedimiento de partes, ya que, materialmente visto, el Ministerio Público posee una superioridad monstruosa en lo que respecta a medios de poder; superioridad que se ve inmensamente aumentado, tanto por duplicarse el rol de acusador como por el orden de presentación de la prueba (a. 395). Pero, ese desequilibrio se puede subsanar si se admite, a diferencia del sistema norteamericano, que no existe fundamento razonable alguno para reducir al juez a un rol completamente pasivo.
- El CNPP, en resumen, adopta un modelo procesal penal que presenta una serie de peligros para el valor justicia; pero, esos riesgos pueden ser si no completamente disipados sí esencialmente reducidos, si se parte de una interpretación orientada en las ideas del Estado de derecho y de la verdad material.
- Además, se hace hincapié en que México ha adoptado un sistema procesal penal que, si bien ha sido eficaz en el ámbito anglo-americano durante muchos siglos y en el continente europeo aproximadamente desde hace dos siglos, en la realidad ha perdido su mejor momento, ya que actualmente sólo es aplicable en una minoría de los procesos penales.
- Asimismo, se resalta que con el nuevo sistema procesal acusatorio, al imputado le es comprada la renuncia al juicio oral a cambio de una rebaja de la pena, con lo que la práctica procesal ha regresado al antiguo proceso inquisitivo y, en realidad, incluso lo ha empeorado. No obstante, se considera factible hacer compatibles ambos sistemas procesales, si se hace el compromiso de combinar las respectivas ventajas y evitar las desventajas de cada uno de ellos, según los objetivos que se buscan en el Estado de derecho.

- Por lo que hace a la aplicación del nuevo CNPP, se enfatiza en que la justicia penal sigue siendo muy selectiva, es decir, no se aplica igualitariamente a todos los que delinquen, o no se da acceso igualitario a toda persona que es víctima de un delito y que acude a ella; lo que, por supuesto, es atribuible a otros factores.
- Al CNPP también se le atribuyeron otros problemas fundamentales, como los que tienen que ver con su estructura y sistematización, por carecer de lógica procedimental; con los equilibrios que debe existir entre las distintas etapas del procedimiento, para responder a las expectativas sociales, como los alcances de la aplicación de salidas alternas y de los juicios orales, la negociación de la justicia, los criterios de oportunidad y el uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos; con los equilibrios entre los derechos humanos de víctimas y victimarios; entre otros.

III. PROBLEMAS PRÁCTICOS EN LA APLICACIÓN DEL CNPP

1. En la **etapa de investigación** de los delitos:

a) Entre los problemas en la **etapa de investigación**, que son torales para el éxito o fracaso del proceso y cuyos resultados habrán de orientar en gran medida el desarrollo del juicio, resaltan los siguientes:

- El gran problema actual en esta primera etapa del procedimiento penal, es que la "carpeta de investigación" no se orienta adecuadamente al esclarecimiento de los hechos; ello, debido a que en la mayoría de los casos se busca aplicar algún mecanismo alternativo de solución del conflicto o algún criterio de oportunidad; de ahí que dichas carpetas son muy deficientes.
- También se señalaron problemas en la aplicación de las modernas técnicas de investigación y el uso de medidas cautelares en el desarrollo del sistema procesal acusatorio, según las experiencias de algunos estados (como Puebla y Yucatán), por falta de conocimientos de ellas.
- Problemas que enfrentan el Ministerio Público y la policía de investigación, sobre todo con relación a la aplicación de criterios de oportunidad y de mecanismos alternativos de solución de conflictos, así como por lo que hace a la atención que el modelo acusatorio tiene con respecto a la protección efectiva de los derechos de

las víctimas y/u ofendidos del delito, señalándose la necesidad de reconfigurar y fortalecer la infraestructura y capacitación para su mejor atención.

- Por ello, el gran reto es lograr que el nuevo sistema de justicia penal tenga un estricto apego al respeto de los derechos humanos de imputados y de víctimas, al debido proceso, a la presunción de inocencia y a la defensa adecuada.
- Otro de los grandes problemas tiene que ver con las detenciones que realiza la policía y las puestas a disposición ante el Ministerio Público, así como con la preservación de los hechos y la cadena de custodia, las cuales, en el marco de una investigación, afectan el desarrollo del procedimiento.
- Asimismo, se destacó que en el proceso de implementación del nuevo sistema procesal penal acusatorio, se han observado diversos vicios y errores, como es el caso de la lectura en las audiencias (*lecturalidad*), el control de las actuaciones de la policía, el cambio de concepción del estándar probatorio en el Ministerio Público y su correcto desahogo en los tribunales.
- Por ello, se insiste en la necesidad de acrecentar los esquemas de protección a las víctimas del delito y reorientar la capacitación, como medio indispensable para lograr el cambio de mentalidad de los operadores que transitan al nuevo sistema, particularmente la policía. Si la policía continúa actuando de la misma manera que hasta ahora lo está haciendo, que muestra su falta de capacitación adecuada para el nuevo sistema, violentará el desarrollo del modelo acusatorio.

b) Por lo que hace a los **criterios de oportunidad**, los panelistas hicieron hincapié en que dichos criterios, si bien son reglas político-criminales que no violentan el principio de legalidad sino que racionalizan la acción penal, su uso irracional si puede vulnerar dicho principio en el sistema procesal acusatorio.

- Que los criterios de oportunidad tienen viabilidad como una solución a las cargas del sistema penal; sin embargo, se puso el ejemplo de Guatemala, donde su aplicación en el nuevo sistema procesal penal lejos de servir para descongestionar la justicia penal más bien se ha convertido en un factor de impunidad, como sucede también con la aplicación del proceso abreviado y de las salidas alternas.
- Asimismo, se consideró que los criterios de oportunidad no satisfacen los derechos de las víctimas y menos les protegen; por lo que, su aplicación debe

partir de una racionalidad ética, ya que de lo contrario el sistema procesal penal se desvirtuará.

- Por lo que hace a su regulación en México, sobre todo en el CNPP, también se señaló que su uso debe ser racional para que el sistema cumpla con su objetivo.

c) Con relación a los **mecanismos alternativos de solución de controversias**, se destacó su importancia a partir de algunos datos duros que tienen que ver con la sobrepoblación del sistema penitenciario de nuestro país, que hacen necesaria la justicia alternativa en materia penal, precisamente como un mecanismo de despresurización del sistema penal.

- Pero, igualmente se insistió en hacer un uso racional de la misma, para atender los objetivos de la reforma constitucional; es decir, se cuestionó fuertemente el criterio de que el mayor número de asuntos debe resolverse ante el Ministerio Público y evitar que llegue al juicio oral, pues ello contradice la reforma constitucional.

- Asimismo, se hicieron comentarios críticos a la nueva Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, por su alcance demasiado limitado, cuando pudo permitir el desarrollo de todo un *"sistema integral de mecanismos alternativos de solución de conflictos"*, que sería lo que realmente pudiera despresurizar al actual sistema de justicia penal en todos sus sectores.

2. Por lo que hace a la **etapa del proceso**, según el CNPP, también hubo señalamientos críticos:

a) Con relación al **proceso abreviado** y la "**negociación de la justicia**":

- Se afirmó que el *proceso abreviado* es un mecanismo que puede ser adecuado y funcional, es decir, constituye una buena propuesta si las partes lo saben aprovechar; pero, siempre y cuando en él se salvaguarden los principios de legalidad, jurisdiccionalidad y culpabilidad, el de presunción de inocencia y el derecho a la no autoincriminación.

- Sin embargo, se señaló que la aplicación del proceso abreviado en México no ha resultado funcional, porque en la práctica no cumple con las exigencias señaladas, y mucho menos con los principios y garantías establecidos en el artículo 20 constitucional.

- Además, que en la praxis se acude al proceso abreviado sin conocer sus consecuencias reales, y el control judicial a través del amparo lo convierte de un procedimiento sumarísimo en uno que alarga de manera considerable las actuaciones y evita la reparación oportuna de los daños causados por el delito; lo que indica, que los objetivos de la reforma constitucional se vean obstaculizados.
- De ahí los riesgos de que este procedimiento se enraíce en México y se convierta, por razón de la facultad de las partes de disponer sobre el objeto del proceso, en la práctica más común, dejando al juicio oral relegado a un segundo término y, con ello, también al valor justicia.
- Con el nuevo sistema procesal acusatorio, como se ha dicho, al imputado se le compra la renuncia al juicio oral a cambio de una rebaja de la pena, lo que representa que la práctica procesal regrese al antiguo proceso inquisitivo, incluso con efectos más negativos; pero, además, habría que ver si en México resultaría viable negociar la pena en el marco de un Código Penal que contiene penas draconianas.
- Se observa que el juez de control que conoce la situación del procedimiento abreviado, a pesar de que su procedencia requiere del consentimiento de la víctima, no siempre está pendiente de que en la solicitud del Ministerio Público la víctima haya expresado de que está perfectamente de acuerdo con dicho procedimiento, o de que haya tenido contacto con la carpeta de investigación; lo que muestra que el proceso abreviado no cumpla con la exigencia de justicia de la sociedad mexicana.
- Si bien se reconoce las ventajas del proceso abreviado y de las salidas alternas, para descongestionar el sistema penal actual, se recomienda que su uso se haga atendiendo a criterios de justicia y de racionalidad, según exigencias del Estado de derecho. Pues, lo cierto es que esos mecanismos han sustituido al juicio oral y han hecho que éste pierda su función y que se haya reducido casi a sólo confirmar el sentido de la investigación, la cual por ello se ha tornado como dueña del proceso penal y ha roto el equilibrio procesal.
- Se sugiere, por ello, corregir este desequilibrio; proponiéndose para ello, además de su uso racional, fortalecer el derecho de defensa, así como procurar un registro

más eficaz de las actuaciones (p. ej., videograbar todos los interrogatorios) desde el inicio de las diligencias de investigación.

- Por lo que hace a la experiencia internacional, se afirmó, por ejemplo, que el procedimiento abreviado en Guatemala en los últimos 15 años no ha sido funcional; que su marco jurídico, en la praxis, no ha servido para descongestionar y desahogar la maquinaria de justicia; por el contrario, se destaca que en el país centroamericano el proceso abreviado es percibido como un factor de impunidad y, por tanto, se pugna porque el juicio siga siendo la regla a efecto de llegar a una sanción. Que en Guatemala la sociedad sólo confía en la justicia cuando esta emite una sentencia condenatoria.

b) Por cuanto a los **problemas probatorios**, se plantearon algunos puntos críticos:

- Que, así como el juicio oral pierde función en el CNPP, también el sistema de pruebas pierde su función o razón de ser, que tiene que ver con la búsqueda de la "verdad material", sobre todo la que debe servir de base para la sentencia (a. 358), ya que en la mayoría de los casos ella no importa y el conflicto se resolverá sin necesidad de pruebas.
- Además, siendo el punto fino del sistema acusatorio la consecución de los fines del procedimiento penal establecidos en el artículo 20 constitucional, parece desconocerse la necesaria relación que debe existir entre el derecho penal, el derecho procesal penal y el sistema probatorio; pues, al ser la prueba el medio a través del cual el juez determina la existencia de un hecho delictivo y la autoría y participación de una persona en la comisión del mismo, así como la existencia de los presupuestos necesarios para la imposición de una pena, es necesario entender los alcances materiales de cada uno de los contenidos del Código Penal, para lograr un verdadero debate procesal y garantizar una decisión judicial debidamente fundada y motivada.
- Por razón de lo anterior, para la consecución de los fines del procedimiento penal, el tema de la prueba indiciaria o preconstituida es fundamental, por lo que debe obtenerse de forma lícita.

- En el mismo tema probatorio, también se resaltó las "simulaciones del proceso penal acusatorio", en temas tales como el control de la detención y el auto de vinculación a proceso.

c) Con relación a la materia de los **recursos o medios de impugnación** previstos en el CNPP, Magistrados federales y locales hicieron los siguientes señalamientos críticos:

- Se señaló que en algunos estados (p.ej. Michoacán) parece haber una especie de rebelión de los juzgadores para aplicar el CNPP, porque se resisten en abandonar los criterios tradicionales; es decir, los criterios del sistema tradicional perviven por los formalismos que se advierten, particularmente, en el tema de los recursos, como la apelación, porque no se conoce bien los alcances del nuevo sistema.
- Por ello, se destacó que el reto más importante es comprender debidamente el nuevo sistema procesal penal y que éste se implemente debidamente en el plazo establecido; de no hacerlo adecuadamente, como parece ser el caso, sobre todo por lo que hace al *sistema de recursos*, se puede lograr un "sistema esquizofrénico, bipolar o incluso autista".
- Si el juez de control no puede atender diversos problemas que después se advierten en la audiencia de juicio oral, que luego son impugnables, entonces habrá que cuestionar para qué sirve el juez de control.
- Es preciso consolidar desde el inicio un juicio justo y adecuar la revisión de la segunda instancia a los parámetros del sistema acusatorio, para evitar un sistema "esquizofrénico".
- También se abordó el tema de la motivación y fundamentación de las resoluciones de los juzgadores federales en funciones de alzada, las cuales tienen que ceñirse a un esquema más riguroso, para que dichaxs resoluciones se generen en el marco de un modelo acusatorio.
- Asimismo, se afirmó que el *juicio de amparo* debe adecuarse al nuevo modelo acusatorio y no al revés; además, se debe precisar qué es lo que debe conocer el amparo directo y qué es lo que se va a valorar en el recurso de apelación, señalándose que tanto los tribunales de apelación como de amparo directo deben ceñir su función a la cuestión de derecho y no de los hechos, porque tanto el juzgador de segunda instancia como el de amparo no podrían realizar la

valoración de la prueba, que únicamente corresponde a la primera instancia, es decir, al juez de juicio, por razón natural.

d) Finalmente, con relación al rol de la **defensa** en el nuevo sistema procesal penal, también hubo señalamientos críticos:

- Se planteó que en el proceso de implementación del CNPP se observan algunos problemas en el ámbito de la defensa, principalmente por falta de capacitación sobre el nuevo sistema; por ello, se sugiere que el abogado defensor tenga una verdadera capacitación en materia penal, para establecer con mayor claridad su teoría del caso y adquirir destrezas y habilidades para la litigación en las diferentes audiencias; asimismo, para conocer las distintas formas de terminación anticipada del proceso, entre otras cosas, para cumplir correctamente con el marco de sus obligaciones al realizar una defensa técnica.
- Igualmente, se señalaron las falencias de los defensores en cuanto al conocimiento y manejo de la dogmática penal y, sobre todo, de la teoría del delito a la hora de argumentar a favor de su cliente; por lo que, se sugiere que conozca la función e importancia de la dogmática jurídico-penal en el proceso penal, pues constituye el eje central de una defensa técnica.
- Pero, si el rol fundamental de la defensa consiste en cerciorarse que las garantías del debido proceso consagradas en la Constitución se observen para la defensa adecuada del defendido, entonces dicho rol se ejerce principalmente durante el desarrollo del proceso ordinario y, concretamente, en la audiencia de juicio oral.
- Por lo que, si el juicio oral pierde su función, al ser sustituido por los procedimientos abreviados y las salidas alternas, también la defensa pierde su importancia y, lejos de ocuparse en proporcionar una asistencia legal efectiva para el defendido, que le permita al abogado controvertir, de manera técnica, la imputación y la acusación, y desacreditar la culpabilidad del imputado, ahora tendrá que desarrollarse en otros menesteres, como son precisamente las salidas alternas o los mecanismos alternativos de solución de controversias.

Se concluye que muchos de los problemas señalados se deben en gran medida a que, desde el proceso de creación del CNPP, hubo mucha "improvisación legislativa", en cuya discusión no fue tomada en cuenta la intervención de los expertos en materia procesal penal ni la de los operadores del sistema acusatorio

en los estados, cuya experiencia hubiese sido necesaria para enriquecer sus contenidos. A ello habrá que agregar, también, la improvisación en la capacitación de los operadores del sistema y en otros aspectos del proceso de implementación, al que le faltó una previa y debida planeación.

IV. LOS GRANDES RETOS DEL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL FRENTE A LA CRISIS PENITENCIARIA"

1. Los expertos señalaron, en primer lugar, los grandes problemas del sistema penitenciario mexicano, entre los que resaltaron los tradicionales: *sobrepoblación, autogobierno, infraestructura carcelaria, corrupción, violencia e inseguridad*, así como los casos de *fuga* y de *ejecuciones* de internos, la penetración que en este sector tiene la *delincuencia organizada* y la *responsabilidad* de servidores públicos en la materia.

2. Se reiteró que entre las *causas de la crisis* que hoy vive el sistema penitenciario se encuentran:

- La carencia de un verdadero y funcional sistema penitenciario, que vea la problemática de manera integral, y no parcial o circunstancial como ha sido hasta ahora.
- La presencia de leyes penales irracionales, que establecen penas draconianas de hasta 160 años de prisión, con las que no es posible hablar de reinserción social (a menos que se piense que los mexicanos son como "Matusalén").
- Las reformas constitucionales son incongruentes con nuestra realidad, pues con ellas parece que se vive en el primer mundo, cuando la realidad muestra todo lo contrario.
- El sistema penitenciario no sigue los pasos de la reforma al sistema procesal penal.

Como consecuencia de todo ello, también existe una gran dispersión de criterios en esta materia en todo el país.

3. Al analizar la *actual política criminal* en materia de ejecución penal, se constató que en ella hace falta una visión sistémica e integral de toda la problemática de las prisiones del país; asimismo, se señaló que la crisis del sistema penitenciario también obedece a que en las políticas de ejecución de sanciones no se ha llegado a

definir con claridad qué es lo que se quiere. Este problema se observa, por ejemplo, en el proyecto de dictamen de la nueva Ley Nacional de Ejecución de Sanciones que actualmente se encuentra en la Cámara de Senadores, en cuya elaboración es claramente perceptible la ausencia de expertos en la materia.

4. Por lo anterior, el sistema penitenciario no es congruente ni tiene un objetivo concreto, violenta la Constitución y las convenciones internacionales; lo que hace que, por más que se reforma, dicho sistema no funciona bien ni logra el objetivo de la readaptación o reinserción social. Además, en México se lamenta de los presos que tenemos, pero no se reconoce que ellos son los engendros del propio sistema y de la sociedad.

5. Si en 2016 el nuevo sistema procesal penal deberá estar funcionando en todo el país, es necesario que también la reforma al sistema penitenciario esté funcionando; de no ser así, tendremos un sistema nuevo de justicia que nace lisiado. Debe reconocerse que el aspecto penitenciario es parte fundamental del sistema de justicia penal; de ahí que entre el sistema procesal acusatorio y el penitenciario existe una necesaria y estrecha vinculación, máxime si se reconoce que el nuevo sistema procesal penal se inclina por el no encarcelamiento, sobre todo con relación a los delitos de bajo impacto.

6. Al analizar los *impactos del sistema procesal penal acusatorio en el ámbito penitenciario*, se destacó que, según la situación que actualmente guardan los centros penitenciarios, ellos son ineficientes para preservar los derechos de los presos a la salud, higiene, privacidad, visita, etc., así como para observar el principio de *última ratio*. Se destacó el tema de los *presos sin condena* que, igualmente, se encuentran en condiciones de hacinamiento; lo que es atribuible a la deficiencia de los modelos procesales reformados al modelo acusatorio, en los que el respeto a la libertad no ha podido consagrarse a pesar del principio de presunción de inocencia.

7. La realidad de la prisión preventiva hace que a esta se la vea como una "pena anticipada" y, dadas las condiciones en que se compurga, en algunas ocasiones puede derivar en una "pena de muerte". De ahí la importancia que en el modelo acusatorio de México se cumplan efectivamente las previsiones que el CNPP tiene con respecto a la medida cautelar de prisión preventiva, atendiendo lo que señalan los artículos 165, 166 y 167 de dicho ordenamiento.

8. Por otra parte, habrá que entender que el problema penitenciario es antes que nada un problema estructural, y reconocer que el sistema penal ha cambiado muy poco en los últimos cien años, no obstante las diversas reformas que se le han hecho; y se advierte que eso mismo podrá suceder con el sistema procesal acusatorio, que ahora está de moda, si el problema estructural sigue igual. Las prisiones se siguen llenando, con o sin debido proceso, por la profunda inconsistencia entre sistemas económicos y derechos humanos; por ello, la reforma no garantiza la reinserción social y de ahí la dificultad de que el sistema penitenciario salga de la crisis.

9. Asimismo, se señaló que el desarrollo del fenómeno de la criminalidad está relacionado con el *ingreso* inequitativo en México y en los demás países de la región, y que ese fenómeno afecta no sólo al sistema de justicia penal, sino también a otros sistemas, como el educativo y de la salud, entre otros; por ello, para corregir esa situación es necesario que: a) los funcionarios del sistema penal cumplan con su obligación de lograr una justicia justa y, b) que la ciudadanía elija gobiernos que se comprometan a reducir la inequidad del ingreso; pues, mientras este lastre persista en la sociedad contemporánea, continuará el aumento de la criminalidad.

10. En fin, que nada se puede lograr con el sistema de justicia penal si los problemas sociales siguen sin cambiar; el avance de los sistemas penales sólo podrá lograrse si previamente se reforman los sistemas sociales.

11. Por ello, se cuestiona la actitud de los legisladores que todo lo quieren resolver a través de las medidas penales, y se les exige que ya basta de hacer tantas reformas a las leyes que no funcionan, que no responden a las exigencias sociales, sino que sólo se traducen en meras simulaciones; es necesario que los legisladores reflexiones más en lo que hacen y que haya más equilibrio en las cosas que tienen que ver con la justicia penal.

12. Se insiste en que, en virtud de la presunción de inocencia, por regla general el imputado debe permanecer en libertad; por lo que, la *prisión preventiva* debe ser la excepción en el marco del proceso penal; la exigencia, por ello, es que la legislación procesal penal y su aplicación mantengan los *equilibrios* necesarios, evitando los excesos en el uso de la prisión preventiva, pero permitiendo que los objetivos del proceso penal se alcancen de manera racional.

13. Asimismo, es necesario que México *planifique* su política penitenciaria a partir de la consideración de sus propias realidades y que deje de asumir las imposiciones de los países desarrollados. Tanto la politización de los derechos humanos, como cuestión retórica, y la dialéctica de una prevención de la criminalidad, son círculos viciosos que se retroalimentan con las actuales manifestaciones de la delincuencia, como el terrorismo y el crimen organizado, y que encuentran en las prisiones sus "chivos expiatorios".

14. En esa planificación, por ello, habrá que considerar los costos de las prisiones y su relación con el crimen organizado; asimismo, la corrupción, que tanto cuesta a México y que afecta significativamente al sistema penitenciario.

V. LOS PROBLEMAS DE CAPACITACIÓN EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO

1. Se destacó primeramente los ***actuales problemas de capacitación*** frente a los retos del nuevo sistema procesal penal; y se señaló que la *deficiente capacitación* que se ha dado es atribuible a las siguientes ***razones***:

- Desde un principio se cometió en la SETEC el error de certificar a mucha gente, sin contar con los conocimientos o méritos necesarios para ello.
- Lo anterior permitió que por doquier surgieran los expertos capacitadores y los centros de capacitación, que han impartido cursos sin ningún control de calidad, con los pobres resultados que se tienen a la vista.
- No obstante, hasta ahora la capacitación ha ido muy lenta con relación a las exigencias del cambio; y, además, no ha seguido criterios uniformes.
- Al parecer, según afirman algunos expertos, a la SETEC le ha interesado más los números, las estadísticas, sin atender a los perfiles y a la calidad de la capacitación; en virtud de ello, numéricamente se ha capacitado a mucha gente, pero que en realidad la capacitación no ha servido para responder a las exigencias del nuevo sistema.

2. Se expuso, asimismo, una panorámica de las múltiples acciones de formación y profesionalización que el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) y el Instituto de Formación Profesional (IFP) de la PGJDF han llevado a cabo, para la implementación gradual del nuevo sistema de justicia en todo el país, capacitando y

especializando no sólo a ministerios públicos, policías y peritos, sino también a orientadores, mediadores y asesores jurídicos, según las exigencias del nuevo sistema. Y, no obstante que tanto el IFP como el INACIPE han impartido infinidad de cursos, además de contar con "capacitadores por competencia", la realidad muestra que los resultados aún no se ven, sobre todo por lo que hace a la capacitación de la policía.

3. Después de resaltar los problemas que se observan en el proceso de implementación del nuevo sistema procesal penal, precisamente por la deficiente capacitación de los distintos actores del sistema, o incluso por la falta de ella, se planteó la importancia de la capacitación para materializar los contenidos del modelo acusatorio. Asimismo, con base en estos cuestionamientos se ubicó la importancia de las ***competencias profesionales*** en el cumplimiento de los protocolos de actuación, de manera especial en lo que a la actuación de la policía se refiere, pero igualmente se destacó su importancia en todo el ámbito de la procuración y de la administración de justicia penal.

4. Asimismo, se presentaron y explicaron los alcances de las ***"normas de capacitación por competencias del sistema procesal penal acusatorio"***, que han sido ya aprobadas por la SEP a través del Consejo Nacional de Normalización y Certificación de Competencias (CONOCER), como aportación del Comité de Gestión por Competencias del Sistema de Justicia Penal Adversarial, que ha sido creada recientemente con la participación de diversas instituciones académicas del país, y se destacó la necesidad de que dichas normas sean las que tengan que seguirse en la futura capacitación del personal del sistema de justicia penal, si realmente se quiere que haya un cambio positivo en esta materia.

VI. EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS ORGANIZACIONES DE LA SOCIEDAD CIVIL Y LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Tanto representantes de la sociedad civil como periodistas de distintos medios de comunicación externaron sus puntos de vista, que se resumen así:

1. En primer lugar se destacó las *transformaciones* que en nuestro país ha experimentado el fenómeno delictivo, como es el caso de la delincuencia organizada, que incide significativamente en la sociedad; pero, igualmente, se resaltó el desarrollo

de nuevas formas de delincuencia, como la cibernética y la aeroespacial, de las que también habrá de ocuparse el sistema de justicia penal.

2. Asimismo, los expositores coincidieron en la importancia que ha tenido el desarrollo de los *derechos de las víctimas* en diversos países de la región y cómo dichos derechos han trascendido al ámbito constitucional mexicano.

3. Pero, dado que en la mayoría de las veces las víctimas, en lugar de la venganza, buscan el acceso a la justicia y a la verdad, el nuevo sistema de justicia penal debe mostrar su capacidad para atender tales exigencias, sobre todo para abatir los niveles de inseguridad, impunidad, corrupción y violación de derechos humanos.

4. Por ello, las expectativas de la sociedad frente al nuevo sistema son muy amplias, pues se espera que dicho sistema ahora garantizará de mejor manera la protección de sus bienes jurídicos frente al delito; sin embargo, todo parece indicar que, si las cosas siguen funcionando como hasta hora, dichas expectativas difícilmente se verán colmadas.

5. Por otra parte, se señaló que el proceso de cambio del sistema de justicia penal hasta ahora ha observado una *lentitud excesiva*, especialmente en la capacitación de quienes deben operarlo, como policías, ministerios públicos, peritos, jueces y defensores. Si bien hace 7 años y medio comenzaron las reformas para crear el nuevo sistema de justicia penal acusatorio en todo el país y se establecieron 8 años de plazo para que tanto la federación como las 32 entidades pusieran a funcionar el nuevo sistema, modificaran sus leyes e instrumentos y capacitaran a sus actores, lo cierto es que cuando sólo faltan seis meses para que se cumpla el plazo fatal se registran evidentes retrasos.

6. Ciertamente, el 3 de septiembre de 2015 la SEGOB, la PGR y la SCJN definieron el calendario final para completar la reforma e informaron que al 30 de noviembre aún faltaban las declaratorias de 24 entidades. Pero, todo parece indicar que ese objetivo sólo se logrará parcialmente, porque ahora en este Congreso se ha puesto de manifiesto que lo esencial del retardo está en la capacitación de las personas, incluidos cientos de periodistas.

7. Pero, esa lentitud o "pachorra" también se ha observado con relación a la capacitación que sobre la justicia en México y su nuevo sistema procesal acusatorio, debe darse a periodistas, editores y directivos de medios de prensa que se ocupan de los

temas de justicia; y que, mientras esa capacitación no se dé, todas y todos los que participan en esta actividad del periodismo seguirán una muy mala práctica, de acusar, juzgar y condenar sin pruebas, o de enjuiciar fuera de los procesos jurídicos.

8. No obstante lo anterior, se reconoce que casi desde la reforma constitucional de 2008 hay una especie de movimiento nacional de empresas de medios y de periodistas que, sin una coordinación explícita entre ellos, ha crecido paulatinamente para irse actualizando en el nuevo sistema penal acusatorio y combatir las malas prácticas del periodismo de nota roja o policiaca; coincidiendo incluso que el manejo de la información debe ser ético, profesional.

9. Se destacó, sin embargo, que entre los periodistas de muchas entidades del país, al hablar de la justicia penal en México y de las personas que operan en los distintos sectores del sistema judicial, se ha percibido cuatro grandes preocupaciones, que esperan sean atendidas: 1) malas prácticas generalizadas; 2) corrupción; 3) impunidad y -más recientemente- 4) sobrerregulación.

10. Asimismo, por cuanto a la problemática del ejercicio periodístico, se puntualizaron las agresiones de las que han sido víctimas y que, de 2000 a la fecha, han cobrado la vida de más de 100 comunicadores, sin que el sistema de justicia penal haya mostrado su capacidad para esclarecerlos.

11. Por lo que hace a si el nuevo sistema procesal penal constituye un avance o no, existen opiniones divididas entre reporteros y editores, pues mientras que algunos afirman que se ha avanzado otros sostienen lo contrario. Pero, por lo que hace a sus perspectivas, la visión de los periodistas no es muy halagüeña, sobre todo por los problemas que seguramente seguirán existiendo, como el de la corrupción, la impunidad y la violación de derechos humanos.

*** * * * * ***

Prof. Dr. Joan Josep Queralt

Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Barcelona. Socio de la FICP.

~Berlusconizando[1]~

¿Qué hizo **Silvio Berlusconi** cuando llegó al poder en Italia, asediado como estaba por varios procedimientos judiciales de corrupción pública y privada? Algo muy simple: derogar las leyes que permitirían su encausamiento y acortar los plazos de instrucción, lo que comportaba, con la caducidad de las causas, una amnistía encubierta. Redujo su carga procesal en más de un 90%. Al final solo fue condenado por sus manejos de cintura para abajo con **Ruby** y cumplió una pena de trabajos comunitarios. Eso es berlusconizar el sistema penal, la máxima expresión de la ley del embudo.

En España, aparte de dejar algunas infracciones sin contenido (ya me ocupé de la malversación el 10 de noviembre del 2015), el ministro de Justicia se despachó de modo acrítico y amparado en la mayoría absoluta con una «modificación de la **ley de enjuiciamiento criminal** para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales». Casi nada.

Un plazo de seis meses

Para lo que aquí interesa, el anterior artículo 324 de la ley de enjuiciamiento establecía como plazo ordinario para la conclusión de un sumario un mes... en 1882. Dada la imposibilidad de tal celeridad, ahora, cuando los escándalos de corrupción, económicos, urbanísticos y financieros azotan al partido del Gobierno y sus zonas adyacentes, se dictamina una ley que estipula un **plazo de instrucción de seis meses** (que afecta a todos los sumarios: incluidos los anteriores a la entrada en vigor de la nueva ley, desde su entrada en vigor). Este plazo podrá dilatarse hasta 18 meses si las causas son de especial complejidad y así lo instan las partes, especialmente el ministerio fiscal.

Para llegar a esta velocidad sideral en la tramitación de las causas penales, ¿de cuántos medios ha dispuesto el legislador? De ninguno. La propia ley se encarga de decirlo bien claro: «Las medidas incluidas en esta norma **no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal**». Si tenemos en cuenta que, pese al aumento de trabajo, el potencial judicial

[1] Artículo publicado en El Periódico con fecha de 6 de junio de 2016.

(humano, material y presupuestario) del 2016 es menor que el del 2011, el fraude es de proporciones colosales.

El mismo patrón para todos los casos

Hoy, 6 de junio, finaliza el plazo que tienen los fiscales para pedir la prórroga de la instrucción. Sin medios, algo querido y sabido, es imposible. Solución a la burla legislativa, una chapuza organizativa. La Fiscalía General, a través de su Inspección de Servicios, establece que los fiscales pidan **la prórroga con una cláusula de estilo, igual o semejante para todas las causas**, aun sin mirarlas, lo que sucederá en la mayoría de casos. Todo ello ha generado una notable alarma en los medios judiciales, políticos y en la sociedad en general: **el Estado de derecho otra vez parece irse por el desagüe de la incuria de los mandamases**. Los que deben velar por la ley la transitan por el arco del triunfo.

Sin embargo, no hay que desesperar. Al menos esta vez. Hay que decirlo ya: esta norma, fruto de la reclamación de los corruptos y de sus colaterales, es una norma de organización, carece de entidad material de ley y **no crea derecho alguno**, exactamente igual que la que deroga.

En primer término, las prórrogas pueden ser indefinidas, con lo cual no hacían falta alforjas para este viaje. En segundo término, el cierre de la instrucción no comporta dejar de proseguir con trámites procesales: cabe solicitar pruebas necesarias para la calificación de los hechos cerrada la instrucción, ante el juez o tribunal que vaya a juzgar; la llamada prueba anticipada, que ahora seguramente aumentará. En ningún caso corresponde el archivo más que cuando está ya previsto. Siguen incólumes a todos los efectos los **plazos penales de la prescripción de los delitos.**

El tiro por la culata

La limitación temporal de la instrucción no genera derecho alguno en los procesados. Si así fuera, habría que decretar la nulidad de lo actuado más allá del plazo legal; y aplicarlo retroactivamente. Como la prescripción, como señalamos, queda incólume, recortar la vigencia de la acción penal sería una vía bastarda de reforma penal. Ello hubiera supuesto una reforma en profundidad del sistema de penas, lo que no era cuestión ni siquiera en el ánimo del legislador.

Todo lo que se va a conseguir es **añadir más burocracia al proceso penal**, sin facilitar medio alguno para suprimirla o disminuirla. No va a haber más celeridad en

absoluto: únicamente en las causas aparecerán unos puntos de libro que serán las prórrogas derivadas de solicitudes vacuas y formales. En todo caso, cuando la causa se dilata injustificadamente -patología innegable-, la eventual condena ya se ve atenuada en uno o dos grados, lo que es una rebaja sustancial; para delitos graves puede comportar el no ingreso en prisión. **Esta vez el tiro les ha salido por la culata, pero no cantemos victoria.**

*** * * * * ***

2. Estudios

Prof. Dr. Moisés Moreno Hernández[1]
Catedrático de Derecho Penal. Presidente y Director General del CEPOLCRIM.
Socio de la FICP.

~Fortalezas y debilidades del Código Nacional de Procedimientos Penales (La lucha poco fructífera por un modelo procesal penal para México)~

I. LA IMPORTANCIA DE LA LEGISLACIÓN PROCESAL PENAL ÚNICA

1. Los avatares de la legislación procesal penal única.

a) Después de haber reformado su Constitución en junio de 2008, para precisar las bases de su sistema de justicia penal, y después de haber experimentado durante más de cinco años un proceso heterogéneo y desordenado de implementación de la reforma constitucional, propiciado por la multiplicidad de Códigos de Procedimientos Penales y por la falta de planeación, que hacían prever un inevitable caos o incluso un posible desastre del nuevo sistema, México parece ahora encontrarse de plácemes, porque se ha cumplido con una aspiración largamente planteada y esperada, de contar con una *legislación procesal penal única*, aplicable para toda la República[2].

En efecto, después de haberse previamente reformado en septiembre de 2013 el artículo 73, fracción XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos[3], para otorgarle al Congreso de la Unión la facultad exclusiva de legislar en materia procesal penal, el 5 de febrero de 2014 el Congreso de la Unión aprobó el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP)[4]. Con este Código se busca superar los

[1] Artículo publicado en la obra "Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales", México, Ed. Ubijus, 2015, con prólogo de Gómez Colomer. El Prof. Dr. Moreno Hernández es miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales; Secretario Ejecutivo de la Asociación Mexicana de Derecho Penal y Criminología (AMPEC), perteneciente a la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC) y Presidente y Director General del CEPOLCRIM.

[2] El que "México esté de plácemes" es un decir, pues la realidad es que esta importante reforma pasó casi desapercibida para la mayoría del pueblo mexicano, no obstante la trascendencia de la misma y las grandes expectativas sociales que se han despertado con ella frente al grave problema de la delincuencia y de la inseguridad pública. Incluso en el propio Congreso de la Unión y para los medios de comunicación el nuevo Código mereció poco interés; lo que sin duda obedeció a que los mayores reflectores estaban más atentos a otro tipo de reformas, como la fiscal, la política y la energética.

[3] Véase DO, 8 de octubre de 2013.

[4] Lamentablemente, aún no existe la misma voluntad política para que el *Código Penal* corra la misma suerte, a pesar de que este es el mayor desiderátum que se ha buscado desde casi siempre, por constituir la mejor decisión político criminal que el país requiere y que el legislador puede tomar; pero, seguramente habrá que esperar un poco más, cuando el legislador se convenza de que contar con un *Código Penal*

inconvenientes de tener más de treinta Códigos Procesales en el país, así como la gran dispersión de criterios y el previsible caos en el proceso de implementación de la reforma constitucional de 2008, y procurar que la justicia penal sea igualitaria en todo el territorio nacional.

b) Como es sabido, el dictamen de CNPP es producto de tres iniciativas que fueron presentadas a principios de 2013 al Senado de la República por diferentes grupos de Senadores, que obedecen a la idea de *unificar* la legislación procesal penal[5]. La primera de ellas fue elaborada por un grupo de académicos[6], que desde hace ya algunos años había venido trabajando en un proyecto alternativo de Código Federal de Procedimientos Penales[7], y que fue adoptada por algunas Senadoras del PRI de la Comisión de Gobernación que preside la Senadora Cristina DÍAZ. Semanas después, miembros de la Red Nacional a Favor de los Juicios Orales y el Debido Proceso presentaron otra propuesta[8], que fue adoptada por otros Senadores[9] y presentada como Iniciativa de CPP Único; finalmente, la iniciativa presentada por el Senador Pablo ESCUDERO, igualmente elaborada por miembros de la Red, aunque siguiendo algunos criterios diferentes[10].

Para el análisis y discusión de dichas iniciativas, la Comisión de Justicia del Senado de la República integró previamente un Consejo Técnico[11], conformado por personas de distintas instituciones académicas y del sector público relacionadas con el

---

único es la mejor opción para lograr que el sistema de justicia penal efectivamente esté en condiciones de funcionar mejor. Pero, para que este objetivo se pueda alcanzar, habrá que partir de la base de que, mientras el derecho penal siga siendo un necesario medio de control social, por ahora no puede prescindirse de él, pero sí se le puede utilizar de manera más racional.

[5] Previamente a ellas, la Comisión de Justicia contaba hasta mediados del mes de febrero de 2013 con dos Iniciativas cuyo objeto era expedir un nuevo Código Federal de Procedimientos Penales: una del Sen. ESCUDERO, presentada el 2 de octubre de 2012, y la otra de los Senadores GIL ZUARTH y CAMACHO SOLÍS, presentada el 5 de febrero de 2013. Asimismo, la Comisión había programado la celebración de audiencias públicas para analizarlas, que se realizaron durante el mes de marzo de ese año, para lo cual integró una lista de comparecientes, quienes deberían emitir su opinión técnica; sin embargo, desde la conformación de la lista de comparecientes se observa la aplicación de criterios que obedecían a una determinada tendencia y, por tanto, a la posición que asumirían frente a las dos iniciativas; esa falta de equilibrio de participantes se observó también en la conformación del Consejo Técnico.

[6] Coordinados por el suscrito, y del que formaron parte: Samuel GONZÁLEZ RUIZ, Julio HERNÁNDEZ PLIEGO, María Elena LEGUÍZAMO FERRER, Patricia OLAMENDI TORRES, Elías HUERTA PSIHAS, Francisco GALVÁN GONZÁLEZ, Sergio CORREA GARCÍA, Juan MORENO SÁNCHEZ, Miguel ONTIVEROS ALONSO, Ernesto MENDIETA JIMÉNEZ, entre otros. Véase exposición de motivos de la iniciativa sobre otros participantes.

[7] Que también algunos Senadores lo hicieron suyo y lo convirtieron en Iniciativa.

[8] Encabezados por miembros de SOS, que preside el señor Alejandro MARTÍ.

[9] Entre quienes se encuentran la Senador ARELY GÓMEZ y el Se. GIL ZUARTH.

[10] Pues tomó como modelo la iniciativa presentada por el Presidente Calderón desde 2011, cuyo dictamen se quedó atorado en la Cámara de Diputados.

[11] Creado por Acuerdo de la Junta Directiva de la Comisión de Justicia del 7 de febrero de 2013.

sistema de justicia penal, y que tendría como función otorgar a la Comisión de Justicia asistencia técnica necesaria en el análisis y dictamen de las iniciativas[12]. Después de varios meses de análisis y discusión, la Procuraduría General de la República (PGR) participó directamente en la preparación del proyecto de dictamen[13], cuya primera versión se concluyó en el mes de octubre de 2013 y, a partir de entonces y durante el mes de noviembre, fue objeto de observaciones y sugerencias[14]; finalmente, el 3 de diciembre las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos Segunda del Senado, aprobaron por unanimidad el proyecto de Dictamen[15], y el 5 de diciembre de 2013 el pleno de la Cámara alta aprobó el Dictamen respectivo de CNPP[16], que inmediatamente remitió a la Cámara de Diputados para su trámite correspondiente.

c) Es claro que, no obstante su trascendencia y las expectativas antes despertadas, en la Cámara de Diputados el dictamen no corrió la misma suerte que otras iniciativas, como la de la reforma energética, la reforma política y la fiscal; por lo que, tuvo que esperar hasta el siguiente período legislativo, pero en esa espera abrió también la posibilidad de que fuese aprovechada por algunos para someterlo a los cambios que no pudieron introducir en la Cámara de Senadores. Lo cierto es que, al poco tiempo de iniciarse el siguiente período legislativo, sin mayor análisis y discusión y de manera casi desapercibida[17], el 28 de enero la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados aprobó en sus términos la minuta enviada por el Senado de la República; y el día 5 de febrero de 2014, el pleno de la Cámara de Diputados aprobó por mayoría de votos el dictamen con proyecto de decreto que expide el Código Nacional de Procedimientos Penales[18] y lo remitió al Ejecutivo Federal para los efectos constitucionales correspondientes. El 4 de marzo de 2014 el Presidente de la República promulgó el CNPP y el 5 del mismo mes se publicó en el Diario Oficial de la Federación.

---

[12] Dicho Consejo Técnico, al que también invitaron al suscrito a formar parte, tuvo reuniones de trabajo y sesiones plenarias a partir del 14 de mayo hasta el mes de septiembre de 2014.

[13] Lo que muestra la gran injerencia del poder ejecutivo en una función que ahora correspondía ya al poder legislativo.

[14] De las cuales, sólo algunas fueron tomadas en cuenta; otras críticas y sugerencias, en cambio, que señalaban las graves deficiencias del Código, no fueron atendidas, y de ahí que siguen vigentes.

[15] Véase Boletín de Prensa No. 825 del Senado, del 3 de diciembre de 2013: "*Avalan en Comisiones Código Nacional de Procedimientos Penales*".

[16] Véase Boletín de Prensa No. 836 del Senado, de fecha 5 de diciembre de 2013: "*Aprueba Senado nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, lo turna a la Cámara de Diputados*".

[17] No obstante que este acontecimiento era importante, para la gran mayoría de la población pasó desapercibido.

[18] Aún cuando hubo una cantidad considerable de reservas por parte de algunos legisladores, sobre todo del PRD y MC, las cuales fueron desechadas por la mayoría.

2. Alcances de la unificación de la legislación procesal penal:

a) Con independencia de si estoy o no de acuerdo con todo su contenido[19] y de si se tienen claras sus diversas implicaciones, lo cierto es que se trata de un hecho histórico para México, pues con ello se han superado algunos mitos y paradigmas tradicionales y se ha tomado la decisión de transitar hacia el *"sistema de codificación procesal penal única"*, con el que se busca superar los problemas de desigualdad en la procuración y administración de la justicia penal, provocados por la multiplicidad de leyes y la heterogeneidad de criterios procesales. La unificación de la legislación procesal penal deberá redundar en *beneficios* para la sociedad mexicana y para el propio sistema de justicia penal, pues se espera que con la unificación de criterios el *CNPP* responda a la pretensión de superar los vicios del sistema procesal penal hasta ahora vigente.

b) En efecto, el nuevo *CNPP* implica la *unificación* de criterios político-criminales en torno a los distintos aspectos que tienen que ver con el procedimiento penal; y, a manera de ejemplo, esa unificación se da:

- Sobre la *naturaleza* y la *función del proceso penal*, así como sobre su vinculación con el derecho penal sustantivo o material.
- Sobre las *etapas del procedimiento penal ordinario*, cuáles son y, por ende, cuándo empieza y cuándo termina cada una de ellas.
- Sobre los *derechos*, *principios* y *garantías procesales* previstos en la Constitución, así como sobre los momentos procedimentales en que deben ser observados.
- Sobre el *equilibrio* que debe existir entre los derechos de las *víctimas* y del *victimario*, así como sobre el nuevo *rol* de las víctimas en el proceso penal.
- Sobre el equilibrio entre *garantismo* y *eficientismo* en el sistema procesal penal.
- Sobre la relación entre la fase de *investigación* y el *proceso*, y sobre el uso de *técnicas modernas de investigación*, ya que la investigación es la parte que más tiene que ver con las expectativas de la sociedad ante el problema de la delincuencia, la inseguridad y la impunidad.

[19] Que por supuesto no lo estoy.

- Sobre el uso de las *medidas cautelares* y sus requisitos.
- Sobre la delimitación entre la *acción penal pública* y la *acción penal privada*, así como sobre los casos y las condiciones en que esta última debe proceder.
- En torno a los casos y las condiciones en que debe proceder la aplicación de *criterios de oportunidad* y de *mecanismos alternativos de solución de controversias*.
- Sobre los *requisitos materiales* para el ejercicio de la acción penal, la orden de aprehensión y el auto de vinculación a proceso.
- Sobre los alcances de la aplicación de las *salidas alternas* y de los *juicios orales* y, por ende, sobre la forma de alcanzar los objetivos de la reforma constitucional.
- Con relación al *sistema probatorio*.
- Sobre los requisitos materiales de la *sentencia condenatoria* y los *presupuestos* para la imposición de una pena, así como sobre los criterios para la *individualización judicial* de la pena.
- Sobre los *medios de impugnación* en el proceso penal acusatorio, cuáles son y cuándo proceden.
- Sobre los *procedimientos penales especiales*; entre otros tantos temas.

c) Ahora bien, no obstante lo anterior, que sin duda no es poca cosa, surgen algunas interrogantes: ¿qué tanto la nueva legislación procesal penal unificada responde a los objetivos de la reforma constitucional de 2008? o, en otros términos, ¿qué tanto las nuevas instituciones y los nuevos mecanismos introducidos en el CNPP posibilitan alcanzar de mejor manera los objetivos de la reforma constitucional?; ¿se optó por el mejor modelo procesal penal, que se sustente además en la consideración de las realidades nacionales y las expectativas sociales?; ¿cuáles fueron los modelos procesales que estuvieron en pugna y los reales intereses detrás de las reformas al sistema de justicia penal?; ¿fueron acaso muy ingenuos los legisladores en pensar que podría sin más adoptarse cualquier modelo procesal penal sin tomar en cuenta las exigencias de nuestra realidad?; ¿por qué siendo ésta una reforma tan importante, no se trabajó con menos apresuramiento y mayor responsabilidad?; ¿que rol tuvieron en todo

esto los tradicionales procesalistas mexicanos, que durante las discusiones legislativas no estuvieron presentes?; ¿cuáles son ahora los retos de la unificación de la legislación procesal penal y sus reales perspectivas?; ¿cómo podrá evitarse que en pocos años se viva algo parecido a lo que sucedió con el sistema procesal penal de Chihuahua, que después de algún tiempo fue objeto de fuertes cuestionamientos, de drásticos cambios y que la reforma inicial se haya distorsionado con criterios político-criminales opuestos a los que le dieron sustento?[20]. Sin duda, hay muchas interrogantes más, que pueden reforzar la percepción de que la nueva legislación procesal puede provocar consecuencias no deseables. Espero que del desarrollo posterior de este trabajo se desprendan algunas respuestas.

II. LA LUCHA POR UN MODELO PROCESAL PENAL PARA MÉXICO Y LOS INTERESES DETRÁS DE ELLO

1. Los modelos procesales en pugna:

a) Toda vez que el Derecho penal material no puede realizarse por sí mismo, requiere para ello de un *procedimiento*, que es el procedimiento penal; y como éste no puede desarrollarse sino ante los tribunales, luego entonces el Derecho penal sólo puede aplicarse por los tribunales a través del procedimiento penal; de ahí que el procedimiento penal no es sino un instrumento al servicio de los objetivos del Derecho penal. Ahora bien, como el procedimiento penal no es único ni permanece inmodificable, se plantea la cuestión: ¿cuál es el *tipo* de procedimiento penal que sirve para alcanzar de mejor manera los objetivos político-criminales del Derecho penal material, como es la protección de bienes jurídicos frente al delito?; ¿será *uno* que garantice a todo ciudadano la observancia de sus derechos procesales y se sustente en principios fundamentales que tienen la función de evitar un ejercicio ilimitado y arbitrario del poder penal estatal y, además, que permita *proteger al inocente y tratar correctamente al culpable*, o un procedimiento que posibilite un ejercicio arbitrario y sin límites de la potestad punitiva del acusador y del juzgador y, por ende, que limite los derechos y garantías de los ciudadanos?. La respuesta a esta interrogante puede llevarnos a un procedimiento penal que responda a exigencias *democráticas* o a exigencias *autoritarias*.

Por ello, aún cuando era evidente el tipo de sistema procesal penal que diseña la Constitución, ante la mera posibilidad de que haya diferentes tipos de procedimientos

[20] Pero eso mismo ha sucedido en Chile y en otros lugares.

penales, con distintos alcances y consecuencias político-criminales, se puso de relieve la necesidad, antes de emprender la elaboración de la nueva legislación procesal penal, de precisar el *tipo de sistema procesal acusatorio* que debía seguirse en la justicia penal mexicana, que se ajustara a los lineamientos de la Constitución Política y de instrumentos internacionales. Y ello tenía que ser así, porque –como dice ROXIN[21]- el procedimiento penal constituye de alguna manera el *sismógrafo de la Constitución*, ya que toda reglamentación de esta materia tiene su base y su marco en la Ley Fundamental[22], que se precisa aún más con la reforma de 2008.

b) Tradicionalmente se han distinguido tres sistemas procesales: el *acusatorio*, el *inquisitivo* y el *mixto*, que se han diseñado a través de la historia de la justicia penal, como lo muestra la doctrina procesal penal y el derecho comparado contemporáneo; cada uno de ellos con sus propios rasgos característicos. Y, atento a esos rasgos de los diferentes sistemas procesales penales, se ha llegado a la idea, al menos en el ámbito latinoamericano, que el sistema que mejor se ajusta al Estado democrático de derecho y mejor responde a los objetivos de la justicia material es el sistema procesal acusatorio[23] en el desarrollo que hasta ahora ha alcanzado. En efecto, se afirma que dicho sistema, en comparación con el inquisitivo[24], permite diferenciar claramente las distintas partes procesales: *acusador*, *defensor* y *decisor o juzgador*,[25] procura mayor equilibrio entre ellas, garantiza en mayor medida los derechos del procesado y proporciona mayor atención a los *derechos de las víctimas*.

Por razón de lo anterior, el movimiento de reforma procesal que durante las últimas décadas se ha producido en la región latinoamericana se ha caracterizado por la idea de adoptar, o de fortalecer, el sistema procesal acusatorio, así como la de aplicar los

---

21 ROXIN, Claus, Strafverfahrensrecht, 22. Auflage, Verlag CHBeck, München, 1991, p. 9.

22 Asimismo, en el diseño del sistema procesal penal habrá que considerar ciertos *instrumentos internacionales*, como tratados, pactos o convenciones, suscritos por México, que igualmente consagran principios fundamentales que deben regir al sistema procesal penal, como el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (DO, 20 de mayo de 1981) y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (DOF, 7 de mayo de 1981).

23 Sistema que también es considerado la forma más primitiva de los juicios criminales; *cfr*. COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, México, 1980, p. 74.

24 Se afirma lo anterior, aún en contra de lo señalado por GÓMEZ COLOMER, quien siguiendo a MONTERO AROCA, dice que el proceso sólo puede ser acusatorio, pues "el llamado proceso inquisitivo no es realmente un verdadero proceso, sino un mero procedimiento administrativo, carente de las garantías propias del proceso". GÓMEZ COLOMER, Juan-Luís, El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho, INACIPE-Univ. Jaume I, México, 2008, p. 24.

25 Situación que varía en los sistemas de este tipo. Como se verá, en el sistema que adopta el CNPP son partes en el procedimiento penal el imputado y su defensor, el Ministerio Público, la víctima u ofendido y su asesor jurídico; pero, lo que más importa para este sistema es que las *funciones* del órgano de acusación y las del juzgador estén claramente diferenciados.

juicios orales. Y esa es la tendencia que también se ha seguido en México, sobre todo en lo que va del presente siglo XXI, aún cuando el cambio que se observa en nuestro país no puede ser calificado de "radical" como el que se dio, por ejemplo, en Chile, debido a que en México muchas de las bases propias del sistema procesal penal acusatorio se habían introducido ya desde 1917 en la Constitución. Si bien la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no contenía alguna referencia expresa de que el proceso fuese "*acusatorio"*, como lo hace ahora con la reforma de 2008, existen en la misma diversos contenidos que permiten afirmar que ese es el tipo de sistema procesal que adoptó el Constituyente de 1917[26], por ser el que garantiza la libertad y la dignidad del ser humano y, además, permite la protección de los intereses de la persona ofendida y de la sociedad[27].

Por otro lado, desde principios del siglo XXI en México se empezó a escuchar con insistencia sobre la necesidad de introducir la *oralidad* en los procesos penales, o incluso de "*sustituir el juicio escrito por el juicio oral ante el juez*"[28], aunque en un inicio en los planteamientos mexicanos no parecía haber uniformidad respecto de los alcances de la "*oralidad*", como tampoco sobre el *sistema acusatorio* y sus diversas implicaciones teórico-prácticas[29]. Lo cierto es que, así como se ha introducido en la Constitución la referencia expresa de que el proceso será "acusatorio", también se precisa que el proceso será "oral". No obstante lo anterior, habrá que aceptar que no hay

[26] Por diversas razones, dicho sistema procesal no fue desarrollado en sus términos en la legislación secundaria, resultando un sistema híbrido. Por ello, ha sido opinión dominante en la doctrina nuestra que el vigente sistema procesal penal en México no es un sistema de corte eminentemente *acusatorio*, como tampoco es caracterizado como completamente *inquisitivo*, sino más bien se trata de un *sistema mixto*, por contener tanto rasgos acusatorios como inquisitorios; no obstante, permite distinguir las funciones de *acusar*, *defender* y *juzgar*; además, en él sigue todavía prevaleciendo la forma *escrita*. *cfr*. FRANCO SODI, Carlos, Procedimiento Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México; GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, Ed. Porrúa, México, 1959; véase COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, México, 1980, p. 76.; RIVERA SILVA, Manuel, El Procedimiento Penal, 3ª. ed., Ed. Porrúa, México, 1963, p. 156; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Derecho Procesal Penal, Ed. Porrúa, México, 1980, pp. 98 y ss.; del mismo, El procedimiento penal en los Estados de la República. Los casos de Guerrero, Morelos y Tabasco, UNAM, México, 1998, p. 77; DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal Comentado, Ed. Porrúa, México, 1990; entre otros.

27 *Cfr*. ISLAS, Olga, y RAMÍREZ, Elpidio, El Sistema Procesal Penal en la Constitución, Ed. Porrúa, México, 1979, pp. 19 y 39. Véase, también, MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, Retos del Sistema Procesal Penal en México, INACIPE, Conferencias Magistrales No. 8, México, 2004.

28 Esta misma propuesta se plantea en la *Iniciativa* de nuevo Código de Procedimientos Penales, presentada el 4 de noviembre de 2004 por el Partido Convergencia ante las Comisiones de Puntos Constitucionales, de Justicia y Derechos Humanos y de Seguridad Pública, de la Cámara de Diputados. De acuerdo con ella, el *juicio oral* tiene como propósito reducir los tiempos procesales y transparentar la actuación del juez.

[29] El "juicio oral" no se caracteriza por el simple hecho de oponerse a lo "escrito", o por utilizar la palabra hablada, pues con ello no se indica cuáles son sus diferencias político-criminales o sus ventajas prácticas.

un único modelo procesal acusatorio como tampoco un único modelo de juicio oral; de ahí la discusión sobre cuál modelo había que adoptar para México, de si uno más a la semejanza del "modelo anglosajón" (*Common Law*) o uno más apegado al "modelo europeo" (*Civil Law*), sobre todo atendiendo a que tanto el derecho penal como el derecho procesal penal mexicano han estado mayormente vinculados al modelo continental europeo.

c) Ciertamente, en los últimos tiempos se ha observado sobre todo en el ámbito latinoamericano –pero también en el europeo- la rivalidad de dos grandes modelos procesales: el modelo "*angloamericano*" y el "*continental europeo*".

1) El modelo *angloamericano*, originalmente tomado de Inglaterra y seguido en Estados Unidos, se caracteriza porque el acusador y el acusado (y su defensa) se enfrentan con igualdad de armas o derechos (por ello "*adversarial*") y tienen la función de aportar los hechos y las pruebas al proceso ante un tribunal[30], el que por lo general participa como "espectador"; son ellos, igualmente, quienes tienen la responsabilidad de convencer al juzgador sobre la culpabilidad o inocencia del acusado[31]; es el jurado el que decide sobre la culpabilidad o la inocencia, así como sobre la condena o absolución del procesado, correspondiendo al juez profesional tanto la supervisión de las pruebas como la fijación de la pena. En este sistema[32], donde sin duda más se han desarrollado las garantías constitucionales de imputados y acusados en un proceso penal, sucede sin embargo que el acusado puede prescindir completamente de la audiencia en que se decide la cuestión de culpabilidad y, por ende, prescindir de la prueba, si desde el principio se declara "culpable", precisamente por el valor que se le da a su "libre elección"; es decir, su confesión de culpabilidad sustituye la determinación de su culpabilidad judicial y es suficiente para

[30] Compuesto por un juez y un jurado.

[31] Siendo el Fiscal el que tiene la carga de probar la culpabilidad del acusado (de ahí "*acusatorio*").

[32] No debe pasarse por alto que en Estados Unidos, además de un sistema procesal penal nacional o federal, cada uno de los Estados cuenta con su propio sistema procesal penal, hablándose incluso de más de 50 sistemas distintos, aparte de los que tienen los territorios. *Cfr*. CASSEL, Douglass, El sistema procesal penal de Estados Unidos, en Storme, Marcel y Gómez Lara, Cipriano (coordinadores), XII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Volumen IV, Sistemas de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 237, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 349 y ss. Véase: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1655/2.pdf

fundamentar la determinación de la pena, la cual se negocia entre la fiscalía y la defensa a partir del reconocimiento de culpabilidad (*plea bargaining*) [33].

Pero, la razón del *plea bargaining*, que se aplica en EUA desde hace más de cien años[34], se puede también explicar por el hecho de que el sistema procesal adversarial ha tenido que reconocer su incapacidad para atender al mayor número de asuntos que le son propios, es decir, su incapacidad para que el mayor número de casos llegue a la audiencia del juicio oral; por ello, como se verá más adelante, el sistema se ha tenido que apoyar de otros mecanismos, como es el de propiciar que el acusado "reconozca su culpabilidad", con la posibilidad de prescindir de la audiencia en la que se afirmaría su culpabilidad por el tribunal y, además, con la posibilidad de recibir como beneficio una considerable reducción de la pena.

2) El procedimiento penal de corte *continental europeo* (Alemania, Italia, Francia, España), en cambio, cuyo origen es el procedimiento inquisitivo, y que se transformó en un proceso acusatorio formal o mixto[35] por efectos del *Código de Instrucción Criminal* de Napoleón de 1808, se caracteriza –con alguna que otra variante en cada país- en que el acusado era el único objeto del proceso de instrucción, llevado a cabo por jueces estatales, a través de una división de tareas ante el tribunal y la fiscalía, creada por primera vez en Francia como la autoridad acusadora, y mediante el reconocimiento del derecho de defensa; la audiencia pública se realiza como un procedimiento de partes, pero con la diferencia que en este sistema el juez instruye el proceso y practica la prueba en la vista pública y tiene la responsabilidad de su corrección; asimismo, el juez tiene la tarea de buscar la llamada "*verdad material*" y, de oficio, impulsar la acción penal del estado una vez

[33] Otros rasgos característicos de este sistema pueden verse en GÓMEZ COLOMER, Juan-Luís, El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho, INACIPE-Univ. Jaume I, México, 2008, en donde señala como ejemplo: el inmenso poder de la policía, la amplísima discrecionalidad del fiscal a la hora de decidir la acusación, el papel demasiado pasivo del juez, el gran poder de las partes para conformar el proceso, la casi ausencia de límites en la negociación sobre la culpabilidad y la sanción a aplicar, la no fundamentación del veredicto del jurado o las limitaciones del recurso de apelación sobre todo frente a una absolución del acusado; el papel del abogado es mucho más activo, pero el acusado puede defenderse a sí mismo, y la víctima no puede ser parte del proceso penal (pp. 50 y ss.). Véase, también, SCHUENEMANN, Bernd, ¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?), en Jornadas sobre la "Reforma del Derecho Penal en Alemania, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991, pp. 49 y ss.

[34] SCHUENEMANN, B., *Op. cit., loc. cit.*

[35] Si bien en Alemania se le llamó "proceso penal reformado" y no "proceso penal acusatorio formal o mixto". Véase GÓMEZ COLOMER, J.L., El sistema procesal penal alemán: Su historia y principios más relevantes, en Sistemas Penales Europeos, Cuadernos de Derecho Judicial, IV-2002, Madrid, 2002, pp. 243 y ss.

> interpuesta la acusación. En fin, en este sistema se opta por una fórmula mixta combinando elementos de los sistemas inquisitivo y acusatorio, procurando un cierto equilibrio entre el principio de *libertad* y el de *necesidad*, en aras de la justicia penal material; y si bien, como señala GÓMEZ COLOMER, no se puede negar que el juicio oral y la imparcialidad del órgano jurisdiccional frente a las partes y frente al objeto del proceso constituyen la piedra angular del enjuiciamiento criminal[36], que son característicos del sistema acusatorio, hasta la década de los setenta del siglo XX no cabía pensar en que el acusado se declarase culpable y se negociase la pena, ya que una vez interpuesta la acusación tanto la fiscalía como el acusado carecían de algún derecho de disposición[37].

Aún cuando, con esos rasgos característicos, el sistema continental europeo fue considerado como el más moderno, además de ser el más adecuado para combatir la criminalidad y para asegurar una realización más justa del derecho penal material, con el tiempo algunos de los procedimientos se han ido tornando cada vez más acusatorios, como lo muestra el desarrollo que ha experimentado el procedimiento penal en Alemania, Italia y España en las últimas décadas, a raíz de los propios momentos de crisis en que sus procedimientos han caído, por la existencia de procesos voluminosos y por la gran afluencia y larga duración de los mismos, que también ha puesto en entredicho la limitada capacidad del sistema judicial altamente "formal" para resolverlos, sobre todo porque en ellos se exige la "veracidad" por encima de la "efectividad" y la "rapidez". Asimismo, se reconoce que gran parte de esos cambios también se han debido a la influencia que en las últimas décadas ha tenido el procedimiento penal norteamericano en el procedimiento penal de países europeos, como fue el caso de Alemania que en la década de los setenta introdujo en su procedimiento penal los llamados "*acuerdos informales*", que funcionan como "cuerpos

[36] GÓMEZ COLOMER, Juan-Luís, El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho, INACIPE-Univ. Jaume I, México, 2008, en donde además afirma que "si bien las características de este sistema mixto no son coincidentes en todos los ordenamientos, existen dos puntos que son comunes a toda modalidad calificada como mixta: la persecución de los delitos, en primer lugar, no se deja en manos de los particulares, al menos de manera exclusiva; y en segundo, el juzgador nunca puede ser el acusador" (p. 87).

[37] Es decir, no cabía pensar en la instauración de un *plea bargaining*. Véase SCHÜNEMANN, *op.cit.*, p. 50.

extraños" en el sistema continental europeo de manera similar al *plea bargaining*[38], tomando como pretexto la crisis antes señalada[39].

Y justamente este ha sido el mismo pretexto que se ha utilizado para promover los cambios a los sistemas procesales en América Latina; y para corroborarlo basta ver los argumentos que se han utilizado para cuestionar e incluso denigrar al actual sistema procesal penal de México en los últimos años[40].

d) Ahora bien, lo anteriormente descrito nos señala algunas de las razones de la reforma, pero todavía no nos dice nada sobre si el proceso de formación de la ley procesal penal mexicana fue pacífico o no, o si se libraron algunas "batallas" en su desarrollo y, en su caso, si esas batallas sólo tuvieron lugar en las tribunas del Congreso, en donde uno está acostumbrado a ver y escuchar posiciones diversas de quienes tienen la función "formal" de legislar y en donde normalmente se imponen las mayorías, o si también se observaron en otros ámbitos. La realidad es que, detrás de todo el proceso legislativo, que es la parte visible, hubieron también otros actores, los llamados "legisladores materiales" o teóricos del derecho procesal penal, quienes desde una determinada perspectiva procesal, o desde su personal punto de vista, son los que plantean los problemas que requieren ser regulados o reformados, y son los que se ocupan de redactar las propuestas iniciales de solución legislativa y discuten sobre sus fundamentos, alcances, rasgos característicos y sus diversas implicaciones en el ámbito del sistema procesal penal. Y son precisamente ellos los que han tenido que discutir y librar ciertas batallas sobre el *modelo procesal penal* a seguir y sobre cada una de las cuestiones relacionadas con él, defendiendo cada uno su propia posición o su propio interés; y es evidente que, en esa batalla, no todos salen vencedores o perdedores[41], pues en este tipo de cosas también entran en juego las negociaciones y se dan las soluciones de compromiso.

---

[38] Sin embargo, como señala SCHÜNEMANN, el proceso alemán no contiene acuerdos formales, sino sólo un acuerdo basado en la confianza y, por otro lado, en ellos el acusado no se declara culpable, sino que formaliza una confesión que es valorada por el tribunal como medio de prueba general para su culpabilidad (*op. cit.*, pp. 51 y s.)

[39] Más sobre estos dos sistemas, véase Mirjan R. DAMASKAS, Las caras de la justicia y el poder del Estado, Ed. Jurídica de Chile; Santiago, 2000.

[40] En donde podemos encontrar tanto documentos de organismos internacionales como nacionales; dentro de los primeros se encuentran los Reportes presentados por el Relator de la ONU, por Human Rights Watch y por Open Society Justice Iniciative, entre otros, y dentro de los segundos se ubican también los documentales "*El Túnel*" y "*Presunto Culpable*".

[41] Aún cuando sean visibles los desequilibrios. Véase sobre esto las minutas de cada una de las sesiones de trabajo en la Comisión de Justicia del Senado.

Pero, debe destacarse que esta situación no sólo se ha dado en la generación de la legislación procesal penal única sino incluso con relación a la propia reforma constitucional de 2008 que le sirvió de base. Tanto una como otra no han sido tareas pacíficas o exentas de vicisitudes y de intereses; por el contrario, han sido objeto de confrontaciones y de disputas, sobre todo en aquellos puntos que tienen que ver con el modelo procesal a seguir, con su orientación filosófico-política, sus alcances y sus implicaciones. Lo anterior, en virtud de que en el diseño y desarrollo de los grandes temas participaron actores de distinta procedencia, e incluso los llamados "empresarios jurídicos"; por ello, hubieron distintas perspectivas[42], diferentes criterios e ideologías y, sin duda, obedeciendo a *distintos intereses*[43].

Aún cuando aparentemente existía un objetivo común, que obedecía a la idea de fortalecer el sistema procesal penal acusatorio[44], así como de implantar los juicios orales, como se deriva de la reforma constitucional de 2008, era evidente que no todos tenían la misma idea de cómo lograrlo. Por ello, las diferencias empezaron a observarse con relación a ciertas cuestiones de fondo y de forma; una de ellas tenía que ver con el "*modelo procesal*" a seguir para México, y con la *función* que dicho modelo tiene que jugar frente a los objetivos del derecho penal material; otra, con los *mitos* y realidades de ciertas instituciones, figuras o medidas y, por tanto, con los alcances que debía tener su aplicación, como es el caso los juicios orales[45] y de las salidas alternas, así como el uso de criterios de oportunidad y de la acción penal privada, entre otras. Sin duda, una de las nuevas figuras que se introdujeron con la reforma constitucional, que si bien no es propia o característica del sistema procesal penal acusatorio, como es el caso de la

[42] Así, mientras que para *algunos* con la reforma "México dejaría de ser un país inquisitorial", habría un mayor respeto a los derechos humanos del imputado y de la víctima, además de que el proceso penal sería más dinámico y transparente, para *otros*, en cambio, se trata de una reforma "*draconiana*", "irracional", "peligrosa" y "absurda", con la que "se avala la arbitrariedad policíaca", etcétera. Sobre todo esto, véanse las opiniones vertidas en el Foro "La Reforma Penal en México. Análisis, críticas y perspectivas", en Sistema Penal, edición especial, agosto 2007; Revista editada por el Instituto de Formación Profesional de la PGJDF; así como las opiniones aparecidas en diversas revistas especializadas y en medios de comunicación desde entonces.

[43] Intereses de todo tipo, como son los políticos, económicos, académicos, entre otros, que no siempre coinciden con lo que a México interesa, de contar con un sistema de justicia penal que realmente atienda a sus problemas.

[44] Por supuesto, al lado de ellos ha habido y aún hay quienes, desconociendo la historia de la justicia penal, piensan que el sistema procesal penal acusatorio se implanta por primera vez en México con la reforma de 2008.

[45] Que para algunos tienen grandes virtudes y, por ello, eran expuestos como si se tratara de la panacea, con la que se erradicaría la opacidad y la corrupción en el proceso penal.

salida negociada, también conocida como la *justicia negociada*[46], tendrá implicaciones importantes que merecen ser consideradas con seriedad.

2. Los intereses externos e internos en la reforma procesal penal:

a) Además de lo señalado en el punto anterior, también habrá que reconocer que en este proceso de reforma fue perceptible la presencia de influencias externas que, de alguna o de otra manera, han determinado la orientación y los alcances que se le ha ido dando al sistema procesal penal. Por ello, es válido afirmar que México no ha escapado al influjo que otros países de Latinoamérica han experimentado durante las últimas décadas, por lo que hace a la forma y al sentido que había que imprimirle a sus reformas al sistema de justicia penal.

En efecto, varios países de la región latinoamericana, sobre todo aquellos que han vivido regímenes militares autoritarios, desde hace más de cinco lustros empezaron a experimentar importantes *procesos de democratización* en sus sistemas de gobierno[47] y en sus sistemas de justicia, así como un mayor respeto por los derechos humanos. En virtud de ello, estos países se han dado a la tarea de dotar a sus sistemas de justicia penal de una filosofía básica, articulándolos alrededor de ciertos principios[48], incluyendo la adopción de un nuevo modelo en materia procesal penal, que es el modelo procesal *acusatorio*, característico de los sistemas jurídicos anglosajones, no obstante que hasta entonces la legislación procesal penal latinoamericana había sido mayormente inspirada por la tradición de corte europeo continental. Pero, esa tendencia ha obedecido no tanto a la convicción de que se trata de la mejor opción procesal, sino a la gran influencia o injerencia que ciertos organismos internacionales han tenido en el desarrollo de los procesos de transición. Ciertamente, como lo ha destacado José María RICO, "desde 1985 se está asistiendo a una proliferación sin precedentes de proyectos y programas, apoyados financieramente por diversas agencias internacionales –en

[46] Expresión que, por supuesto, no a todos gusta y de ahí que prefieran usar eufemismos.

[47] La historia latinoamericana se ha caracterizado por la alternancia entre regímenes autoritarios y democráticos, y las experiencias con la democracia de la mayoría de los países del área han sido en general relativamente breves y no siempre felices; de ahí que "la evolución que últimamente se ha dado no significa un triunfo definitivo hacia la consolidación de la democracia, ya que la continuidad del proceso de transición democrática siempre puede quedar afectada por el mantenimiento de estructuras o de personas de viejos regímenes opuestos". Por ello, a la fecha dicho proceso de transición aun no ha sido fuertemente consolidado. Vease, José Ma. RICO, Justicia penal y transición democrática en América Latina, Siglo XXI, México, 1997, p. 34.

[48] Como los de: *accesibilidad a la justicia, independencia judicial, imparcialidad y equidad de las decisiones de jueces y otros funcionarios del sistema, respeto de las garantías del debido proceso, eficiencia y transparencia*, uso del derecho penal solo como *ultima ratio* y uso de *mecanismos alternativos de solución de conflictos*, entre otros.

particular, la Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos (*AID*)- y orientados a mejorar los sistemas latinoamericanos de justicia"; asimismo, desde 1993, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo (*BID*) están incursionando en este campo[49]. A raíz de ello, diversos países de la región han emprendido reformas a su sistema judicial, particularmente a su sistema procesal penal, sobresaliendo las que se han llevado a cabo en Costa Rica, Nicaragua, Chile, Colombia, entre otros, y ahora también en México.

b) Esa injerencia externa ha encontrado aceptación en muchos países de la región, sobre todo porque ella ha ido aparejada de apoyos económicos; y, cuando se trata de una cuestión económica, surge también la idea del "negocio", es decir, de cómo emplear de mejor manera los recursos. Por ello, no han faltado quienes han visto que la reforma procesal penal en América Latina se ha convertido para algunos en un gran *negocio*, que se ha diversificado tanto en el diseño de las propias leyes procesales como en la capacitación de los distintos actores del nuevo sistema de justicia penal y en todo lo que tiene que ver con la infraestructura y la construcción de los espacios necesarios para el funcionamiento del sistema[50].

Ahora bien, una explicación de esa injerencia en el proceso de reforma al sistema de justicia penal nos la da el profesor de la Universidad de California Máximo LANGER, quien ha señalado que "La Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos (USAID), al igual que otras agencias internacionales y bancos, estuvo buscando la manera de consolidar sistemas legales latinoamericanos para un mejor desarrollo económico y democrático. El grupo de empresarios jurídicos latinoamericanos los persuadió de que la adopción de los nuevos códigos de procedimientos penales contribuiría a lograr esas metas"[51]. Esa red de empresarios jurídicos latinoamericanos,

[49] *Cfr*. J. Ma. RICO, Justicia penal y transición democrática en América Latina, Siglo XXI, México, 1997, p. 31. Véase, también, Julio B. MAIER, et al, Las reformas procesales penales en América Latina, B. Aires, 2000.

[50] En efecto, ante la perspectiva del negocio, empezaron a proliferar los centros, institutos o academias especializados para capacitar a los distintos actores del sistema procesal penal acusatorio y oral, e igualmente aparecieron los autores de las nuevas obras en materia procesal penal. Todos ellos, en su mayoría poco conocidos, se vieron de pronto beneficiados, aprovechando el poco conocimiento de los distintos actores del sistema de lo que se estaba gestando y la falta de control en el desarrollo del nuevo sistema; sin embargo, puede afirmarse que sus aportaciones muy poco o casi nada han servido para el cambio que se quiere, pues carecían de lo esencial.

[51] Máximo LANGER, Revolución del Procedimiento Penal en Latinoamérica: Difusión de Ideas Legales de la periferia, en January 25th Symposium–Abandoning the Inquisitor: Latin America's Criminal Procedure Revolution. Date: Thu, 1 Nov 2007.

que LANGER caracteriza como "Red meridional de activistas expertos"[52], propone un nuevo Código de Procedimientos Penales para solucionar problemas, como la carencia del debido proceso, de transparencia e ineficacia, así como enmarcar las reformas como una conversión del sistema procesal *inquisitorio* a un procedimiento penal *acusatorio*[53]. Asimismo, esa red latinoamericana de empresarios jurídicos "convenció a los actores y políticos de las instituciones locales de América Latina, a través del espectro político, que las reformas podrán entregar un proceso más debido, eficiencia y transparencia al sistema de justicia penal"; e igualmente se planteó que esa tendencia regional de cambiar los Códigos de Procedimientos Penales también contribuiría a ejercer presión en los actores de otros países que aún no han introducido las reformas, con lo que se lograría un efecto cascada[54].

c) Ciertamente, por lo que hace a la reforma procesal penal mexicana, ésta también se dio y con argumentos idénticos[55], gracias a la labor de los llamados "empresarios jurídicos" o de "expertos improvisados", que de pronto han pululado en el círculo de los jóvenes procesalistas y han desplazado a los procesalistas tradicionales[56]. Pero, se puede afirmar que la influencia se hizo más notoria a principios del siglo XXI, desde los primeros intentos que se dieron en 2002[57] y, más claramente, con la Iniciativa

[52] O incluso caracterizada por otros como "*expertos improvisados*", porque surgieron de pronto y con escasos conocimientos de los sistemas procesales y de las realidades nacionales.

[53] Por ello, afirma LANGER que "La ola de reformas a los procedimientos penales es un caso de difusión de la periferia, porque los abogados de América Latina, expertos activistas de la red del meridiano, fueron los autores intelectuales y abogados cruciales para esta reforma". *Op. cit.*

[54] Y en efecto así fue, pues en diversas reuniones a las que acudían algunos de esos expertos, que se llevaron a cabo en distintos países de la región, se destacaba cuáles eran los países que aún no habían dado muestras de cambio, siendo México el que menos lo había hecho. Véase, p.ej., Julio B. J. MAIER-Kai AMBOS-J. WOISCHNIK (coord.), Las Reformas Procesales Penales en América Latina, Konrad Adenauer Stiftung, Instituto Max-Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000; Moisés MORENO H., El proceso penal en México, en: El Proceso Penal. Sistema Penal y Derechos Humanos, coord. por E.R. ZAFFARONI, ILANUD, Comisión Europea, Secretaría de Gobernación, Ed. Porrúa, México, 2000, pp. 403 y ss.

[55] Como lo muestran, según se ha dicho, los documentales "*El Túnel*" y "*Presunto Culpable*", entre otros, que destacan una visión y una faceta de lo que es el sistema de justicia penal mexicano.

[56] En efecto, no obstante que hasta principios del siglo XXI era conocido el círculo de los procesalistas mexicanos, en su mayoría autores de los libros sobre la materia, cuando se plantea la necesidad de transformar el actual sistema procesal penal y transitar hacia uno más acusatorio y oral pareciera que de pronto aquellos dejaron de existir y, en su lugar, surgieron los nuevos procesalistas, jóvenes "expertos" y "únicos conocedores" del nuevo sistema que se estaba gestando.

[57] Cuando el entonces Secretario de Seguridad Pública Federal dio a conocer una amplia propuesta de reformas en materia de justicia penal, pero que no fue secundada por el gobierno federal; por ello, el Diputado federal Luis MALDONADO VENEGAS, del grupo parlamentario *Partido Convergencia* de la LIX Legislatura, hizo suyo dicha propuesta y en noviembre de 2003 presentó ante la Cámara de Diputados diversas *Iniciativas* que tienen que ver con la materia; entre ellas destacan las que tenían como propósito reformar artículos de la Constitución Política que se relacionan con el *sistema procesal penal*, así como las que pretendían dar origen a un *único* Código Penal y un *único* Código de Procedimientos Penales para

fallida de 2004 para reformar el sistema procesal penal, que el entonces Presidente FOX envió al Congreso de la Unión y cuya preparación fue atribuida casi de manera exclusiva a los "expertos" del Programa para el Fortalecimiento del Estado de Derecho (PRODERECHO) [58]; lo que implica, que el proyecto también fue financiado por USAID[59]. Como dicha Iniciativa no pudo avanzar en el Senado de la República, porque pronto se hicieron ver sus inconsistencias y sus inconvenientes[60], que igualmente conocieron otros actores del sistema de justicia penal en el ámbito federal, los promotores del nuevo sistema tuvieron que voltear la mirada hacia los Estados, donde aún carecían de prejuicios y, por ello, encontraron un campo fértil; además, por el hecho de estar necesitados de reformas, así como de recursos, algunos Estados no pusieron resistencia alguna para aceptar e iniciar la reforma de sus sistemas de justicia penal, siguiendo la tendencia antes indicada. Ello explica el porqué de que algunas entidades federativas hayan puesto en marcha sus reformas incluso antes de que surgiera la reforma constitucional de 2008[61], y el porqué de sus modelos procesales, que con el tiempo han sufrido ya algunos ajustes.

Lo cierto es que, con todos esos antecedentes, tanto en el ámbito federal como en las entidades federativas la semilla estaba ya sembrada y era difícil revertir la tendencia de implantar los juicios orales en México, impulsada desde distintos ángulos. Por ello, en el gobierno de Felipe CALDERÓN se retomó la idea, que se vio impulsada por

---

toda la República Mexicana; propuestas que coincidian con las recomendaciones hechas por el Sr. R. GIULIANI al gobierno del Distrito Federal.

[58] Que desde un inicio se ocupó de difundir la idea de que el sistema de justicia penal mexicano es un sistema *inquisitivo*, obsoleto, ampliamente ineficaz, ineficiente, obscuro y corrupto; por lo que, debía cambiar. Idea que luego se fue haciendo común en los voceros nacionales.

[59] Como lo señaló Samuel I. DEL VILLAR, en su artículo Improvisación y demagogia judiciales, publicado en el periódico *La Jornada* del 30 de abril de 2004: "El proyecto de Reforma Estructural al Sistema de Justicia Penal Mexicano, que suscribió el presidente Vicente Fox el 29 de marzo pasado, a partir de su solicitud de financiamiento al Departamento de Estado de Estados Unidos y de la formulación correspondiente de sus contratistas, es singularmente improvisado y demagógico". "Es explicable que el Departamento de Estado, su United States Agency for Internacional Development (USAID), que financió el proyecto y a sus contratistas extranjeros para formularlo, ignoren las características del sistema constitucional y penal mexicano y, en consecuencia, que la presunción de inocencia, la prohibición y la penalización de la tortura, la naturaleza acusatoria, adversaria y pública del proceso penal son elementos firmemente establecidos por el marco jurídico-constitucional mexicano. Lo que resulta tan inexplicable como injustificable es que el Presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos haga suya formalmente esa ignorancia y la suscriba como iniciativas demagógicas de reforma constitucional y legislativa".

[60] Como se puso de manifiesto en el Primer Foro de Análisis y Discusión "*Iniciativa de Reforma al Sistema de Seguridad Pública y Justicia Penal*", celebrado del 21 al 23 de abril de 2004 en la Universidad Iberoamericana, organizado por el Departamento de Derecho de la UIA y el CEPOLCRIM. Véase, también, GONZÁLEZ-BUSCAGLIA-MENDIETA-MORENO, El Sistema de Justicia Penal y su Reforma: Teoría y Práctica, Cepolcrim-Fontamara-Aquesta Terra, México, 2005 y 2006.

[61] Como fue el caso de Nuevo León, Chihuahua y Oaxaca, al que siguieron el Estado de México, Morelos y otros.

diversas iniciativas provenientes de los propios legisladores[62], quienes igualmente hicieron suyos proyectos promovidos por los empresarios jurídicos y elaborados por expertos de grupos de la sociedad civil que en esa época habían empezado a surgir, como RENACE y la RED Nacional a Favor de los Juicios Orales y el Debido Proceso; grupos que igualmente estuvieron apoyados por USAID y PRODERECHO, así como por el CEJA[63] y la Fundación Konrad Adenauer, entre otros. Habrá también que reconocer que tanto en la elaboración de proyectos de iniciativas como en la posterior discusión legislativa hubo amplia participación de distintos organismos públicos y privados, como SETEC, INACIPE, CIDE, IIJ-UNAM, ITAM, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (CEPOLCRIM), Academia Mexicana de Ciencias Penales, Asociación Nacional de Doctores en Derecho, Barra Mexicana Colegio de Abogados, entre otros; pero, igualmente habrá que reconocer que gran parte de la participación de algunas instituciones en este proceso de reforma ha estado siempre apoyada por organismos internacionales, como los antes citados (USAID, PRODERECHO, MSI, entre otros).

3. El producto final (CNPP) no satisface las expectativas:

a) Como resultado de lo anterior, surgieron las reformas constitucionales de 2008 en materia de justicia penal y seguridad pública, que desde entonces se encuentran en proceso de implementación; y, mientras esto último sucedía, surgió también la necesidad de unificar la legislación procesal penal, que finalmente se vio colmada con la aprobación del *Código Nacional de Procedimientos Penales* el 5 de febrero de 2014, cuya publicación en el DOF se hizo el 5 de marzo de 2014.

Pero, como se dijo, la presencia de diversos actores, de diferentes visiones y de distintos intereses, determinó, por una parte, que la tarea legislativa no fuese nada fácil y, por otra, que no siempre haya habido acuerdos respecto de los puntos centrales de la

[62] En efecto, como es sabido, las reformas constitucionales de 2008 no tuvieron un origen único sino fueron el producto de diversas propuestas, provenientes tanto de legisladores como del propio Ejecutivo Federal; así, la presentada en la Cámara de Diputados en diciembre de 2006, elaborada por miembros de la *Red Nacional a Favor de los Juicios Orales* y que algunos legisladores hicieron suyo; la presentada ante el Senado de la República en marzo de 2007 por el Presidente de la República, que no contenía propuestas de reformas al sistema procesal penal sino únicamente reformas en materia de delincuencia organizada; la presentada por legisladores del PRD, PT y Convergencia en abril de 2007; la del PRD presentada ante la Cámara de Diputados en octubre de 2007, entre otras; todas ellas planteando reformas a diversas disposiciones de la Constitución Política, de las que sin duda ocupan un lugar preponderante las relativas al *sistema procesal penal acusatorio y oral*.

[63] *Centro de Estudios de Justicia de las Américas*, creado en 1999 por resolución de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), y tiene como misión apoyar a los Estados de la región en sus procesos de reforma de sus sistemas judiciales.

reforma, como fue el caso del modelo procesal penal a seguir, así como respecto a su orientación, su congruencia y su funcionalidad; tampoco hubo acuerdos sobre la forma de lograr la mayor armonización legislativa en cuanto a la interpretación de los objetivos, alcances e implicaciones de ciertas instituciones o figuras previstas en la Constitución[64]. Gran parte de estos desacuerdos también ha tenido su origen en que durante el proceso legislativo no siempre se coincidió en la idea de considerar la *realidad* socio-cultural, política, económica y jurídica de la nación mexicana, para que la reforma fuese efectivamente una respuesta a sus *necesidades* y a las expectativas de la sociedad mexicana[65]; asimismo, porque no se compartían las mismas ideas sobre el *papel* que corresponde jugar al procedimiento penal en el sistema de justicia penal de un Estado democrático de derecho.

b) Esa diversidad de criterios y la falta de acuerdos[66] trajo como consecuencia que el producto final, es decir, el Código Nacional de Procedimientos Penales, no haya satisfecho las expectativas y los intereses de todos los actores que desde distintos ángulos participaron en su diseño y discusión[67]. Es decir, como lo muestran ciertas expresiones que se han dejado externar, todo parece indicar que el texto final del CNPP a muchos no gustó[68], ni siquiera a quienes apostaron por un modelo procesal que tal vez, en abstracto, pudiera responder a los rasgos característicos del mejor sistema procesal acusatorio, pero que sin duda no se ajustaba cabalmente a la propia reforma constitucional y dejaba fuera de consideración la realidad nacional en donde debe aplicarse.

Pero, el que esto sea así, resulta comprensible y también tiene otras razones; por un lado, porque al haber tantas visiones y perspectivas diversas, difícilmente puede haber un producto que satisfaga a todos; por el otro, porque quienes se ocuparon de

[64] Como se puede observar de la estructura y contenido de las tres Iniciativas de CPP único que se presentaron en el Senado de la República a principios de 2013.

[65] Pero, es claro que la falta de congruencia con las realidades nacionales no sólo es perceptible en el ámbito del ejercicio del poder legislativo, sino también en otros ámbitos, como el que corresponde al ejercicio del poder judicial; pues, de la misma manera que se elaboran leyes que no siempre atienden a nuestras realidades, también hay formas de interpretar y aplicar las leyes penales que dan origen a resoluciones judiciales que más bien parecen responder a otras realidades.

[66] Que también se observó durante las sesiones de trabajo del Consejo Técnico de la Comisión de Justicia del Senado de la República, en que se analizaron las tres iniciativas con miras a la elaboración del dictamen respectivo. Y, no obstante lo desequilibrado que fue la conformación de dicho Consejo, e incluso uno que otro exabrupto, no se pudo imponer un criterio único y uniformador.

[67] Pero, esta misma situación se observó también con relación a la reforma constitucional de 2008, que igualmente tiene sus defensores y detractores.

[68] Lo que quiere decir que sigue manteniendo importantes puntos críticos; a ello habrá que agregar el "nombre" con que apareció, que al parecer ninguno de los grupos propuso, como puede verse de los títulos de las tres iniciativas.

redactar la versión final del dictamen[69] y conjuntar las diversas propuestas en un único documento, deben haberse visto demasiado abrumados por la cantidad y diversidad de opiniones provenientes de los distintos actores[70], y seguramente tomaron aquello que consideraron más conveniente, según su propio criterio, o aquello que fue objeto de mayor insistencia o de menores desacuerdos. Además, vale la excusa de que, por tratarse de una obra humana, no tenía por qué nacer perfecta, y de ahí que se diga que siempre existirá la posibilidad de que en el futuro se perfeccione[71]. Sin embargo, lo más grave sería que el tan esperado Código tampoco diera satisfacción a las expectativas sociales, en donde sin duda se centran las mayores exigencias de contar con un instrumento realmente funcional, que no sólo procure evitar que los derechos de los imputados o victimarios sean violentados y que se proteja a los inocentes, sino que también atienda los derechos de las víctimas, que los hechos se esclarezcan y procure que los culpables no queden impunes.

c) Otra muestra de la situación de inconformidad en torno al CNPP, es el hecho de que, ni siquiera había entrado en vigor el nuevo Código, y mucho menos había tenido la oportunidad de mostrar sus rendimientos para contar con elementos de evaluación, cuando se hablaba ya de la necesidad de someterlo a reformas. A nadie extraña que a una ley vigente se le someta a reformas, incluso cuando la misma se encuentra en un período de *vacatio legis*, pues esa en una de las razones de suspender su entrada en vigor, que aquí no es el caso; pero sí resultaba extraño y preocupante que en forma apresurada se hablara de reformas, antes de que la ley entrara en vigor[72].

Si de antemano se sabe que una nueva ley nace con importantes deficiencias, sean de fondo o de forma, y se tiene la convicción de que su puesta en marcha será más contraproducente que provechosa, sin duda lo más razonable habría sido evitar su aprobación y su entrada en vigor, hasta en tanto dichas deficiencias se corrigieran. Pero, una tarea así debió haber correspondido al propio legislador, consciente y responsable, tanto el formal como el legislador material.

---

[69] Que, como se dijo, fue dirigida por gente de la PGR.

[70] Sobre todo, aquellas observaciones y sugerencias que se hicieron fuera de las sesiones de trabajo, que ya no pudo ser objeto de discusión y, en su caso, de aprobación o rechazo por la mayoría de los miembros del Consejo Técnico.

[71] No puede negarse que la Comisión de Justicia hizo lo necesario y puso el cuidado de asesorarse de algunos expertos en la materia, y no hay duda que ellos aportaron lo mejor de sí, desde sus propias trincheras e intereses; incluso se realizó un Simulador, para constatar las viabilidades del nuevo Código.

[72] Lo cierto es que se trataba de meras conjeturas, pues una vez entrado en vigor en CNPP, hasta ahora no se había planteado alguna propuesta de reforma; lo que no excluye que pronto la habrá, como tampoco existe la seguridad de que con ella se mejorará.

Sin embargo, todo parece indicar que el legislador formal está convencido de haber dado origen a una buena legislación procesal penal, seguramente por considerar que ella responde a los objetivos de la reforma constitucional y a las expectativas de la sociedad; por lo que, son sólo las opiniones ajenas las que, por motivos diversos, se pronuncian en contra de la misma, como comúnmente sucede con todo tipo de ley o reforma que surge. Entonces, si las cosas son así, aún cuando haya inconformidades, será necesario darle al nuevo CNPP un tiempo razonable para que esté en condiciones de mostrar sus rendimientos y puedan ser analizados y evaluados por los distintos sectores y criterios, para determinar su funcionalidad y si los puntos críticos fueron subsanados o no[73]. De no hacerlo así, toda propuesta de reforma que se formulara desde ahora sería igualmente precipitada[74] y sólo obedecería a un mero impulso de reformar por reformar y, por tanto, carecería de mayor justificación.

d) Por otra parte, cuando apenas había cumplido un mes de publicado el CNPP, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y el Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI) presentaron el 9 de abril de 2014, por separado, dos acciones de inconstitucionalidad ante la SCJN impugnando diversos artículos del CNPP[75] , que tienen que ver con funciones de la policía y del MP en la etapa de investigación de los delitos, por considerar que las medidas contenidas en ellos implican violaciones a los derechos fundamentales de los ciudadanos[76]. Por lo tanto, será la SCJN la que determinará si comparte o no la visión de la CNDH y del IFAI, declarando o no la inconstitucionalidad de dichos artículos; pero, seguramente no será el único contenido del CNPP que podrá ser objeto de impugnación.

III. ALGUNOS PUNTOS CUESTIONABLES DEL NUEVO CNPP

1. A manera de introducción:

a) Por supuesto, soy de los que opinan que el legislador tuvo la gran oportunidad de haber dado origen a una ley procesal penal mejor que la que se logró, una ley que

[73] Asimismo, se verá si las deficiencias señaladas efectivamente tuvieron los efectos que se preveían o no.

[74] Pero, ya que desde ahora se desbordan los ánimos, seguramente no faltará entre las propuestas alguna que no se limite sólo a sugerir meras reformas parciales o circunstanciales, que tal vez resultarían poco funcionales, sino de mayor alcance, incluso la generación de un nuevo CPP, con una estructura interna coherente y realmente funcional, que procure mayor equilibrio de sus diversas instituciones y de sus mecanismos, para alcanzar sus objetivos de manera más racional.

[75] La CNDH impugnando 13 artículos, y el IFAI un artículo.

[76] Véase en la SCJN los expedientes 10/2014 y 11/2014, respectivamente.

efectivamente respondiera tanto a los objetivos de la reforma constitucional de 2008[77] como a las expectativas de la sociedad mexicana y a las exigencias del Estado democrático de derecho; pero, no hay duda que la desaprovechó. El dictamen final ciertamente no se caracteriza por su sistematización y por su congruencia, sino más bien por la falta de ellas y por la falta de técnica legislativa; de ahí que exista la preocupación sobre la forma de su implementación y la eficacia de su funcionalidad. En esta ocasión me ocuparé de señalar sólo algunos de los puntos críticos que, desde mi propia perspectiva, tiene el CNPP, en el entendido de que ellos pueden ser compartidos o no[78].

Si bien algunos de estos puntos los hice notar en su momento ante la Comisión de Justicia del Senado de la República, cuando se trabajaba el Anteproyecto de Dictamen del Código de Procedimientos Penales único, los cuales no obedecían sino a la idea de que México pudiera contar con una legislación procesal penal que respondiera a sus propias realidades y necesidades, ahora insisto en aquellos que no corrieron la misma suerte de ser atendidos. Al traerlos nuevamente a colación, es obvio que ya no será para insistir en que sean tomados en cuenta para la elaboración de la ley[79], sino para resaltar la falta de congruencia de la nueva legislación procesal penal con relación a la reforma constitucional de 2008, así como su falta de apego a las realidades nacionales; asimismo, para destacar que el legislador pudo haber aprovechado mejor la gran oportunidad histórica que tuvo, de generar un Código de Procedimientos Penales que efectivamente permitiera superar los inconvenientes de la dispersión legislativa y los vicios del actual sistema procesal penal.

Con ello, también se quiere poner de manifiesto el gran *reto* que tendrá la implementación del CNPP, que ahora será ya no tarea de los legisladores[80] sino de quienes tienen la función de aplicar la ley a los casos concretos, sobre todo fiscales y juzgadores; pero, serán principalmente los juzgadores quienes tendrán ahora la delicada tarea de lograr los equilibrios necesarios y homogeneizar los criterios a seguir para una aplicación más racional de la nueva legislación. En otras palabras, si se acepta que el CNPP tiene inconsistencias y que ellas pueden ser subsanadas a la hora de su aplicación concreta, corresponderá entonces a los jueces el procurar enmendarlas; y, para lograr

[77] Con lo anterior tampoco quiero decir que la reforma constitucional de 2008 fue la mejor; pudo también haber sido mejor.

[78] Sobre todo por los procesalistas, que es una característica que no tengo.

[79] Pero sí para su posterior reforma.

[80] Salvo por lo que hace a las reformas que seguramente vendrán, que tendrán la función de enderezar muchas cosas.

que la ley sea aplicada racional y equilibradamente, se deberán atender los objetivos de la reforma constitucional y los objetivos del proceso penal, que sin duda tratan de dar respuesta a las expectativas de la sociedad mexicana.

b) Es claro que la reforma al sistema de justicia penal abrió muy amplias expectativas sociales sobre los beneficios que se esperan de ella[81]; por esa razón, la atención social está a la espera de que la nueva legislación procesal penal y la forma de su aplicación efectivamente constituyan respuestas adecuadas a sus exigencias, dentro de los límites del Estado democrático de derecho. Pero, también es claro el gran *riesgo* que existe, si no se da oportuna y adecuada respuesta a esas expectativas y a esas exigencias sociales, si lejos de recuperar la credibilidad hacia el sistema de justicia penal se propicia mayor pérdida de ella. El descrédito del sistema penal será mayor si no se pone el cuidado de generar un sistema procesal penal que sea mejor que el que se quiere superar y abandonar; además, el no hacerlo motivaría a que el sistema penal pronto tenga nuevamente que ser sometido a otras reformas de fondo[82].

Sin duda, ese riesgo existe. Ahora sólo habrá que esperar los resultados de la forma de implementación de la nueva legislación procesal penal, para constatar si los cuestionamientos tuvieron razón de ser o no. Pero, es evidente que nadie podría desear resultados negativos y, mucho menos, que la situación obligara incluso a una contrarreforma. Por ello, si en esta ocasión no se pudo lograr que el legislador siguiera un camino mejor[83], porque tal vez se convenció de las alternativas que se introdujeron en el CNPP, ahora la exigencia se dirige a quienes tienen la función de implementar dicha legislación procesal penal para que pongan el mayor cuidado al momento de hacerlo; pues, aún cuando el tramo es más corto, todavía se pueden tomar en cuenta las experiencias y las mejores aportaciones de los expertos, así como adoptar los criterios político-criminales más objetivos, equilibrados y racionales, según exigencias de nuestras propias realidades y posibilidades.

---

[81] Porque así se ha anunciado sobre todo por las instancias oficiales.

[82] Recordemos que ejemplos de ello los hay y muy destacados; pensemos solamente en la situación caótica que se provocó en el sistema de justicia penal de Guatemala, o la situación en el nuevo sistema procesal de Chihuahua, que pronto motivó una contrarreforma por haber introducido criterios de una realidad distinta a la suya; pero, lo mismo puede decirse del sistema de justicia penal de Chile, que sin duda ha servido de modelo en muchas partes de México y que también ha tenido que rectificarse. Por ello, no debe extrañar que el nuevo CNPP pronto sea sometido a reformas; lo que, por supuesto, tampoco es garantía de que ahora será mejor, si sólo se trata de meros parches.

[83] Realmente, después de una larga espera, un poco más de tiempo que hubiese tomado el legislador para generar algo mejor no habría importado mucho, máxime si la razón de ello es generar un sistema mejor; pero, lo cierto es que con relación a las cosas realmente importantes siempre se legisla con mucha prisa y con poca reflexión.

c) Sin embargo, para que se llene ese gran espacio que se ha abierto y se esté en condiciones de cumplir los objetivos preestablecidos, es requisito *sine qua non* que el nuevo CNPP sea interpretado y aplicado atendiendo a las razones y objetivos de la reforma constitucional, es decir, comprendiendo sus motivos, su orientación y sus alcances, así como a las razones y objetivos del propio proceso penal. En otras palabras, si dicho instrumento no fue construido pensando en las realidades nacionales, es también condición necesaria, para que resulte funcional, que su aplicación se haga precisamente atendiendo a las realidades socio políticas, culturales y jurídicas de México, que sin duda son distintas a las de otros lugares. Por ello, se ha insistido en que el modelo procesal (acusatorio y oral) que se adoptara para México, debía responder a esas realidades nacionales, pues sólo de esa manera el nuevo sistema penal podría constituir una respuesta no sólo a las características del estado mexicano, que formalmente es un Estado democrático de derecho, sino también a las exigencias y expectativas de la sociedad mexicana. De ahí que, ahora la importante tarea está en la cancha de los distintos operadores del sistema penal que lo tienen que aplicar, y se espera que el rol del juzgador y los nuevos criterios jurisprudenciales sean determinantes para ello.

2. Algunos puntos cuestionables del CNPP:

Ahora bien, desde nuestro particular punto de vista, ¿cuáles serían algunos de esos aspectos que podrían merecer cuestionamientos?. Antes de señalarlos, quiero partir de la base de que los criterios aquí vertidos, que pueden ser compartidos o no, se construyen a partir de considerar la *función* del sistema procesal penal, así como la *forma* de cómo ella se trata de cumplir y la *congruencia* interna que debe observar; siendo evidente que en torno a ellas hay visiones diversas[84]. Por ello, lo que con estas reflexiones se pretende, no es que todos piensen igual sino que las cosas se analicen y se discutan, buscando siempre su *razón de ser*, para que no sean tomadas pensando simplemente en que ellas deben ser así porque siempre han sido así, o porque otras legislaciones así lo

[84] La mía es sólo una de ellas; además, debo reiterar que estas opiniones no son las de un "*procesalista*" y mucho menos las de un "experto" en la materia, pues no lo soy –como algunos ya lo han resaltado-, sino más bien las de un *penalista* que, teniendo alguna idea de cuáles son los objetivos del derecho penal material y cómo puede alcanzarlos, así como cuál es la función que corresponde al procedimiento penal, espera que el modelo procesal que se adopte para ello realmente resulte funcional dentro de los límites del Estado de derecho. Por ello, considero que el sistema procesal penal no constituye un fin en sí mismo sino que sólo se explica en tanto que funge como instrumento al servicio del derecho penal, es decir, para eso fue diseñado; de ahí la necesidad de contar con el mejor instrumento, para que los importantes objetivos político-criminales del derecho penal material se hagan realidad.

hacen. Del análisis y la discusión, así como de la confrontación de las distintas visiones, podrá estarse en mejores condiciones de construir un sistema procesal penal que mejor se acomode a sus realidades y que efectivamente resulte funcional con relación a los objetivos que se le atribuyen en un determinado tipo de Estado como es el mexicano.

a) Discordancia por lo que hace al nombre, estructura y sistematización del Código:

1) Seguramente empiezo con uno de los temas menos polémicos, el del *nombre* del nuevo CPP que tendrá aplicación en toda la República, aunque para algunos puede tratarse de un problema que tiene mayor importancia, o que no tiene importancia alguna. Lo cierto es que, ninguna de las Iniciativas que se presentaron en el Senado de la República utilizó el nombre de "*Código Nacional de Procedimientos Penales*", sino los nombres de "Código de Procedimientos Penales de los Estados Unidos Mexicanos" o "Código de Procedimientos Penales para la República Mexicana"; mientras que en el lenguaje común se hablaba de "Código de Procedimientos Penales Único".

Aún cuando el tema del nombre no provocó discusión alguna entre los miembros del Consejo Técnico la Comisión de Justicia del Senado, porque realmente no se había colocado entre los grandes temas de discusión, cuando apareció el nuevo nombre en la versión final del proyecto de dictamen ello causó cierta extrañeza e interrogantes, porque se trataba de un nombre no acordado; además, porque es una nomenclatura que no va con la tradición mexicana[85]. En efecto, es una expresión más propia de legislaciones de países sudamericanos; pero, no hay duda que también es producto de las influencias que padecemos en los últimos tiempos.

Tal vez habría sido preferible que al nuevo Código se le llamara simplemente "*Código de Procedimientos Penales*", sin mayores calificativos, como también sucede en otros países que cuentan con una legislación única; además, todo se habría aclarado con lo previsto en el primer artículo del Código, que precisa sus ámbitos de validez, tanto espacial como material, así como con una breve aclaración en la exposición de motivos. Además, de haberse evitado el calificativo de "nacional", también se habría evitado el uso de expresiones despectivas, como la utilizada ya en algunos ámbitos, de

[85] Si bien en México se utiliza la palabra "nacional" para muchos otros efectos; así, por ejemplo: Instituto Nacional de Salud; Instituto Nacional de Seguros y Fianzas; Instituto Nacional de Ciencias Médicas; Instituto Nacional de Ciencias Penales, etc.; o Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Comisión Nacional del Agua, Comisión Nacional Bancaria y de Valores; pero, también, Ley Nacional de los Derechos Humanos, Ley Nacional del Agua, Ley Nacional de Educación para Adultos, etc.

que se trata más bien de un Código "*nacional socialista*". Por ello, aún cuando este tipo de calificativos es común, no es tan menor la importancia del nombre y las implicaciones que puede tener.

2) Por otra parte, el nuevo CNPP no tiene una *estructura y sistematización* lógicas que respondan a los objetivos de la reforma constitucional y a los objetivos del proceso penal de corte acusatorio, por más que se diga que esta es la estructura lógica que se corresponde a este tipo de sistema procesal. Desde otra perspectiva, podría decirse que el CNPP en realidad no tiene estructura y sistematización alguna; que, más bien da la sensación de que los distintos temas que comprende se encuentran esparcidos por todos lados, correspondiendo a quien tenga que aplicarlos el darse a la tarea de armar el rompecabezas y saber de qué se trata. Tal vez esto último podría parecer un poco exagerado, y con razón se diga que cualquiera que conoce el nuevo sistema lo puede explicar[86]; pero, por razones de seguridad jurídica, toda legislación debe tener una estructura y seguir un orden lógico en la distribución de sus contenidos; ese orden lógico debe responder a la forma en que el procedimiento penal pretende alcanzar sus objetivos.

Por un lado, el CNPP se estructura de dos libros y cada uno en títulos; los títulos, a su vez, en capítulos y estos, en ciertos casos, en secciones; lo que, en principio, no es cuestionable porque se corresponde con la forma tradicional de estructurar los Códigos. Pero, lo que ahora importa es saber si la ubicación y distribución de los diversos temas en los libros, títulos y capítulos son adecuadas o no, si se sigue o no una determinada lógica, que tiene que ver con la forma en que el procedimiento penal trata de alcanzar sus objetivos.

El ***Libro Primero*** se ocupa de las "*disposiciones generales"* y encierra una gran diversidad de cosas, como los ámbitos de aplicación del Código, los principios y derechos que deben observarse en el procedimiento penal, los problemas de competencia, los actos procedimentales, donde entran las formalidades, las audiencias y las resoluciones judiciales, entre otros; los sujetos del procedimiento, como víctima u ofendido, imputado, defensor, ministerio público, policía, jueces y magistrados. Pero, dentro de las disposiciones generales se habla también de "*medidas de protección durante la investigación*", de "*formas de conducción del imputado al proceso*" y de

[86] El problema es que no todos conocen el nuevo sistema, y menos el que debe construirse a partir de la reforma constitucional.

"*medidas cautelares*", que según una determinada visión no tienen el carácter de "disposiciones generales", que rijan para todo el procedimiento penal, sino que se trata de cuestiones que deben ir en el ámbito de la *investigación* y, por tanto, en el libro segundo.

El ***Libro Segundo***, en cambio, que se denomina simplemente "*del procedimiento*" y se estructura de diversos títulos (13 en total), habla en primer lugar de *soluciones alternas* y de *formas de terminación anticipada* del proceso (como los acuerdos reparatorios, la suspensión condicional del proceso y el procedimiento abreviado), cuando aún no se ha tratado siquiera el tema del "*proceso*". Después, el título II se ocupa del "*procedimiento ordinario*", pero sólo contiene un capítulo y un único artículo, que habla de las etapas del procedimiento, cuando se trata sin duda de la parte más importante del Código. En los siguientes títulos se ocupa, también en forma desordenada, de temas, como: "etapa de investigación", "datos y medios de prueba y prueba", "actos de investigación", "audiencia inicial", "etapa intermedia" y "etapa de juicio", donde vuelve a hablar de "disposiciones generales sobre la prueba", entre otros.

3) Según lo señalado, todo parece indicar que el CNPP contiene un "verdadero desorden"; esa falta de estructura y sistematización puede sintetizarse en los puntos siguientes:

- *Existencia de títulos y capítulos mal ubicados*, como el de las llamadas "medidas de protección durante la investigación, formas de conducción del imputado al proceso y medidas cautelares" (a. 137 a 182), cuyos 5 capítulos tienen que ver con la investigación de los delitos; así como el de "soluciones alternas y formas de terminación anticipara" (a. 183 a 210), que debieran ir en la etapa del proceso propiamente dicho; entre otros.
- *Falta de equilibrios en cuanto a la extensión de títulos y capítulos:* los hay demasiado breves, que no se justifican[87], así como demasiado largos, que incluso tienen secciones y apartados[88]. Igualmente hay *artículos demasiado*

[87] Tal es el caso del título I del Libro Primero, sobre "disposiciones preliminares" (a. 1 a 3); los capítulos VIII y IX del título IV, que se refieren a "gastos de producción de prueba" y "medios de apremio" y sólo tiene un artículo cada uno; el título II del L. Segundo, que habla del "procedimiento ordinario" y su único capítulo sólo tiene un artículo (a. 211), que se ocupa de las "etapas del procedimiento"; entre otros.

[88] Así, por ejemplo, el título IV (L.I), que tiene IX capítulos; el título V (tiene VIII capítulos); el título VI (medidas de protección durante la investigación) tiene V capítulos y algunos, además, tienen secciones. Lo mismo sucede con el capítulo II del Título V (L. II), que se refiere a los "actos de investigación", cuando su contenido podía haberse distribuido en diversos capítulos; entre otros.

breves, de uno o dos renglones (6, 7, 11, 23, 39, 89, 102, 123, 130, 162, 163, 207, 243, 263, 302, 314, 396); mientras que otros tienen textos *demasiado largos* (3, 17, 45, 57, 67, 77, 91, 104, 141, 145, 150, 167, 198, 221, 405, 406, 410), de hasta más de 35 renglones, que podrían distribuirse en artículos o en fracciones diferentes.

- *Hay capítulos que son innecesarios*, pues sus contenidos podrían ser parte de otros capítulos[89]; lo propio puede decirse del contenido de algunos artículos, cuya utilidad es cuestionable[90].
- *Hay títulos o rubros de ciertos artículos que no se corresponden con el contenido*[91] ; o se confunden "reglas generales" con "reglas especiales" o particulares[92]; entre otros.

Los anteriores son sólo algunos ejemplos que nos muestran que el diseño del CNPP estuvo carente de *técnica legislativa*, además de que evidencian su gran desaseo.

4) Por otro lado, es evidente que para el sistema procesal penal, pero sobre todo para el sistema procesal acusatorio, lo esencial es el *procedimiento ordinario*, que tiene un inicio, sigue los pasos preestablecidos y termina con la sentencia dictada en el juicio oral, si bien puede terminar en alguna de las etapas previas a la del juicio; de ahí que, a dicho procedimiento ordinario están referidas en principio las diversas cuestiones relativas a los derechos, garantías y principios que deben observarse en su desarrollo. Por ello, no parece lógico que el procedimiento penal empiece con las "*soluciones alternas y formas de terminación anticipada del proceso*" (a. 183 a 210), sobre todo cuando el *proceso ordinario* aún no ha iniciado. La falta de lógica se demuestra, cuando el propio CNPP establece que esas formas de solución sólo procederán después de haberse dictado el *auto de vinculación a proceso*; por lo que, ellas debieron regularse después de haberse desarrollado todo lo relativo al auto de vinculación a proceso.

---

[89] Así, por ejemplo, el capítulo VIII del título IV (L.I), que se llama incorrectamente "*gastos de producción de prueba*" (a.103); el capítulo V del título I (L.II), que habla de la "*suspensión de las condiciones impuestas en la suspensión condicional del proceso*" (a. 208-210), que debería ser parte del capítulo III (*suspensión condicional del proceso*).

[90] Tal es el caso del "*glosario*" que contiene el artículo 3º, que en realidad no cumple la función que se dice en el Dictamen; mucho menos que tenga un efecto cultural o educativo, pues no contiene ningún término que requiera de explicación; en cambio, hay una serie de *nuevas expresiones* en el Código que sí requieren de explicación y de las que no se dice nada.

[91] Así se observa, por ejemplo, con el artículo 103 (gastos de producción de prueba), que no hace referencia a "gastos"; el art. 136 (consultores técnicos); el 207 (reglas generales), etc.

[92] Por ejemplo, el contenido del art. 207.

Sin embargo, todo parece indicar que para el CNPP el "procedimiento ordinario" no es lo esencial del sistema sino que juega un papel secundario, ya que –como se ha dicho- el Título II que se ocupa de él sólo le dedica un capítulo y un artículo; y lo propio puede decirse con relación a los "*juicios orales*", como se verá más adelante, que igualmente parecen jugar un papel secundario en el proceso ordinario.

Con relación a la materia de la *investigación*, ésta se encuentra muy dispersa en el CNPP, pues hay disposiciones relativas a ella tanto en el Libro Primero (T. VI) como en el Libro Segundo, cuando toda ella debería estar concentrada en un solo título para que cumpla su función. Por lo que hace al Libro Segundo, cuestiones relativas a la investigación se encuentran sobre todo en los títulos III y V; este último, denominado "*actos de investigación*", tuvo que reestructurarse[93], pues era demasiado extenso y encerraba cosas muy diversas e inconexas, muchas de las cuales nada tenían que ver con la investigación[94]. Ahora, después de las sugerencias hechas para lograr una estructura más lógica y que el Código tuviese mayor coherencia, esa diversidad de contenidos se logró separar en títulos e hizo que, por lo menos, la llamada etapa intermedia y la de juicio no fueran ya partes de los actos de investigación.

b) Discrepancia sobre las etapas del procedimiento:

1) A pesar de haberse insistido en que el *modelo procesal penal* a seguir en México debía ajustarse a los lineamientos constitucionales y acomodarse a las realidades nacionales, para que él fuese una respuesta a las exigencias sociales de nuestro tiempo, lo cierto es que el legislador no aprovechó la gran oportunidad que tuvo, de generar un modelo procesal que realmente fuese el producto de las exigencias y realidades nacionales. Si bien no puede afirmarse que el legislador se haya limitado a trasplantar algún modelo procesal ajeno[95], aún cuando pudiera tratarse de un modelo abstractamente ideal, tampoco puede negarse que él no haya estado exento de toda influencia para hacerlo; de ahí que la nueva legislación procesal penal resultó ser un *hibrido*, que ahora exige el cuidado de compaginarla con la reforma constitucional y con las realidades nuestras.

2) En efecto, el no haber seguido un modelo procesal penal más acorde a la

[93] Debido a las observaciones que insistentemente se hicieron en su momento.

[94] Como eran las cuestiones relacionadas con la "prueba", la "audiencia anticipada", la "etapa intermedia" e incluso la de "juicio", que hasta la última versión del dictamen del Senado estaban en el título III; lo que reflejaba una total falta de sistematización, que más parecía obedecer a un grave descuido que a una determinada lógica del procedimiento.

[95] Como sucedió en algunos lugares.

reforma constitucional de 2008 hizo que el criterio adoptado por el CNPP sobre las *etapas del procedimiento penal* no se corresponda con lo que establece la Constitución, sino más bien responde a criterios legislativos que se venían manejando incluso antes de la reforma de 2008[96].

Sobre este particular, el Artículo 211 del CNPP establece que "el procedimiento penal comprende las siguientes etapas:

I. *La de investigación*, que comprende las siguientes fases:

a) Investigación inicial, que comienza con la presentación de la denuncia, querella u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del Juez de control para que se le formule imputación, e

b) Investigación complementaria, que comprende desde la formulación de la imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación;

II. *La intermedia o de preparación del juicio*, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio, y

III. *La de juicio*, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el Tribunal de enjuiciamiento".

"La investigación no se interrumpe ni se suspende durante el tiempo en que se lleve a cabo la audiencia inicial hasta su conclusión o durante la víspera de la ejecución de una orden de aprehensión. El *ejercicio de la acción* inicia con la solicitud de citatorio a audiencia inicial, puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial o cuando se solicita la orden de aprehensión o comparecencia, con lo cual el Ministerio Público no perderá la dirección de la investigación".

"El proceso dará inicio con la audiencia inicial, y terminará con la sentencia firme."

Como es sabido, la Constitución siempre ha distinguido y distingue claramente la "*investigación*" (a. 21) del "*proceso*" en sentido estricto (a. 20), como dos etapas del procedimiento penal claramente diferenciables; en cambio, la estructura del procedimiento penal seguida por el CNPP se aparta de ella, al comprender tres etapas: la de "investigación", la llamada " intermedia" y la de "juicio"(a. 212); pero no se habla del *proceso* más que en la parte final del artículo 211, como algo sin mayor importancia[97], no obstante lo previsto por el artículo 20 constitucional. Ahora bien, si se atiende a la Constitución, las dos últimas etapas (*intermedia* y de *juicio*) de que habla el

[96] Sobre todo en los Estados que iniciaron su reforma al sistema de justicia penal antes de 2008; pero, lo mismo ha sucedido con otros Estados después de ese año.

[97] Si bien la inclusión de este párrafo obedeció a la insistencia de que esta figura no podía ser olvidada, además de que no había claridad de delimitación entre "*proceso*" y "*procedimiento penal*" y cuál era el género.

CNPP serían las fases del "*proceso*" propiamente dicho. Además, cuando la Constitución habla de los derechos y garantías procesales (a. 20), si bien algunos deben ser observados desde la etapa de investigación, como se estableció ya en la reforma constitucional de 1993, en principio está haciendo referencia al "proceso" estrictamente hablando. Por ello, se insistió en que, además de la *investigación*, a la que habría que darle la importancia que le corresponde para que la "acusación" tenga mayor sentido, también habría que hablar de la etapa del *proceso*, que empieza precisamente con la ahora llamada "audiencia inicial" y termina con la sentencia; y, dentro de dicha etapa, habría que incluir como sus fases la "preparación del juicio" y el "juicio" propiamente dicho.

3) Por otra parte, ha sido *communis opinio* el que la "*ejecución de sanciones*" o "ejecución de sentencias", de la que el CNPP no hace referencia alguna, también es parte del procedimiento penal ordinario; por lo que, con independencia de que ella se regule en una ley distinta, constituye sin duda la última etapa del procedimiento penal, la cual inicia cuando la sentencia ha quedado firme y concluye una vez cumplida la sanción impuesta. El CNPP debió haber hecho referencia a ella, al menos por lo que hace a las reglas generales que habrán de observarse en la Ley respectiva, sobre todo porque en dicha etapa también deben observarse ciertos principios, derechos y garantías que son propios del debido proceso, en tanto ellos sean aplicables; además, porque esa es la idea que se sugiere ahora que también se trabaja en el diseño de una Ley de Ejecución de Sanciones única para toda la República Mexicana.

Pero, es claro que el haberlo hecho de la manera como se ha sugerido, para lograr mayor coherencia en todo el sistema de justicia penal, ello habría obligado al legislador a emprender, a partir de una visión *integral* del sistema penal, una total reingeniería del Dictamen de CNPP; tarea seguramente muy difícil de satisfacer ante la prisa de sacar adelante el Código, máxime si no se tenía una clara idea de las cosas.

c) Divergencia sobre el papel y alcance de los juicios orales y las salidas alternas:

1) Desde el Dictamen de CNPP que se preparó en el Senado de la República[98] se partía de la siguiente afirmación: "***El juicio oral como último recurso***"; y se daba para ello la siguiente explicación: "Dado que el modelo acusatorio plantea un catálogo más

[98] Con la participación directa de la PGR.

amplio de vías para procesar y terminar asuntos -como lo son las *salidas negociadas* o las *formas abreviadas*- se ha tendido a utilizar, como indicador de *éxito*, un bajo porcentaje de asuntos que efectivamente llegan a la fase de Audiencia de Juicio Oral. Ante este tipo de mediciones, el consenso entre las y los participantes fue concebir al Juicio Oral, no como una instancia excepcional, sino como un *referente* para la decisión respecto de cuál es la mejor vía para resolver los asuntos"[99] .

Nada de lo afirmado en el párrafo anterior me parece correcto. Es incorrecto decir que sea característica del modelo acusatorio el contar con "un catálogo más amplio de vías para procesar y terminar asuntos", pues el uso de las *salidas negociadas* o de las *formas abreviadas* puede darse en cualquier sistema procesal, sobre todo si se las utiliza no tanto porque garanticen una mayor observancia de principios y derechos procesales, sino porque con ellas se busca despresurizar el sistema penal, aún a costa de tales principios y derechos. En otras palabras, las llamadas "salidas negociadas" y las "formas abreviadas" previstas en el CNPP de ninguna manera constituyen vías propias del modelo acusatorio; ellas también pueden aplicarse en un modelo mixto como el que ahora se trata de superar, o incluso en modelos inquisitivos, en tanto que pueden cumplir esa función. El hecho de que ahora se las asocie con el sistema procesal acusatorio, de ninguna manera puede atribuirse a la idea de que dichas vías sean parte esencial de éste, sino más bien al reconocimiento de que los juicios orales y el modelo acusatorio en general no tienen la capacidad de procesar el mayor número de asuntos hasta la etapa en que esos principios, derechos y garantías podrían hacerse realidad, que es precisamente la audiencia de juicio oral[100], como ahora lo prevé el artículo 20 constitucional[101]. Por ello, de ninguna manera podría caracterizarse al modelo procesal penal como *exitoso* por el simple hecho de que sólo un bajo porcentaje de asuntos llegase efectivamente a la fase de audiencia de juicio oral y, por tanto, que el mayor número de ellos se resolviera a través de las "salidas alternas" o "negociadas"; por el contrario, un vuelco así podría llevar al sistema penal a su mayor *desprestigio*, precisamente porque ello implicaría, más que otra cosa, su *fracaso*.

---

[99] Criterio que, sin duda, prevaleció en la Cámara de Diputados, donde el Dictamen pasó sin haber recibido cambio alguno.

[100] Véase lo dicho supra en el punto II, 2, c), 1).

[101] Sin embargo, aún sin ser algo característico del sistema acusatorio, pueden las salidas alternas jugar el rol de "válvula de escape", pero sin que por ello se conviertan en parte esencial del sistema acusatorio; a menos que ahora tengamos otra concepción de éste. Lo cierto es que, por ahora, tanto las salidas alternas como las formas abreviadas pueden ser vistas como "muletas" o recursos de "salvación" del sistema procesal acusatorio.

2) Ahora bien, con independencia del rol que puedan jugar las salidas alternas antes señaladas y de si ello puede ser tomado como éxito o fracaso del sistema, lo cierto es que los *juicios orales* pasan a un segundo término si se admite que sólo un muy bajo porcentaje de asuntos llegue efectivamente a dicha etapa, como se sugiere en el Dictamen de CNPP. Pero ello, sin duda, contradice la idea que animó a la reforma constitucional, o al menos lo que se dijo cuando se promovía dicha reforma, cuya principal bandera que sirvió de pretexto fue la de los juicios orales, a los que se hizo ver como una especie de *panacea*, despertando con ello grandes expectativas sociales. En efecto, se hizo creer que los juicios orales resolverían gran parte de los graves problemas que padece el actual sistema de justicia penal; pero, ahora sucede que el nuevo CNPP los relega a segundo término, pues lejos de privilegiarlos como un recurso de *prima ratio*, como se esperaba, el juicio oral será el "*último recurso*" o recurso de *ultima ratio*.

Cuando se habla del principio o criterio de *ultima ratio*, por lo general se hace referencia a cuestiones, medidas o estrategias, que –siendo necesarias- se dejan para el final, ya sea por sus efectos "negativos", o porque hay otras alternativas mejores o con efectos menos negativos cuyo uso se recomienda agotar primero; pero casi nunca por sus efectos "positivos"[102]. Con relación a los juicios orales, de ellos hasta ahora sólo se habían destacado sus efectos positivos[103], aún cuando algunos de ellos también han sido objeto de cuestionamientos[104]; pero, si se admite que los juicios orales tienen tales virtudes, y lo que se busca es mejorar la calidad de la justicia penal, entonces no hay razón para que ellos tengan en México sólo una aplicación excepcional[105], es decir,

[102] Así, por ejemplo, se afirma que en un Estado democrático de derecho el Derecho penal debe ser el *último recurso*, precisamente en consideración a sus efectos negativos, ya que las penas afectan igualmente importantes bienes jurídicos; de ahí que se recomiende hacer uso, antes que de él, de otras alternativas político-criminales cuyas consecuencias sean menos drásticas; lo propio se dice de la pena de prisión o de la prisión preventiva. De acuerdo con este criterio, si en el futuro se pudiera prescindir del derecho penal y de todo el sistema penal como mecanismo de control social, porque otras medidas han resultado más funcionales, sería lo mejor que pudiera suceder; pero, mientras no pueda llegarse a ese punto, de lograr algo mejor que el sistema penal, al menos habrá que pugnar por un sistema penal mejor.

[103] Como ser más rápidos y menos costosos, más transparentes y, por ende, serían más eficaces para combatir la corrupción, que los escritos; además, permiten una mayor observancia de principios, derechos y garantías procesales, entre otros.

[104] Por ejemplo, en contra de lo afirmado, se ha dicho que los juicios orales no son menos costosos, así como tampoco son más rápidos que los escritos; igualmente es cuestionable que a través de ellos se pueda lograr la *justicia material* como objetivo fundamental del proceso penal; entre otros.

[105] Como se observa en los Estados que ya aplican el nuevo sistema, en donde se considera un signo de éxito el que el mayor número de casos se resuelva a través de las salidas alternas y no se haya tenido que llegar al juicio oral.

como "último recurso". Ciertamente, ahora se hace valer[106] que, ante la enorme cantidad de asuntos que llegan y seguirán llegando a los jueces, no existiría la posibilidad de que el mayor número de ellos llegue a los juicios orales; por lo que, éstos no podrían constituir la mejor vía para hacerles frente, so pena de que el sistema se colapse. De ahí que se haya visto la necesidad de darle preferencia a los mecanismos que eviten llegar a los juicios orales y, en su caso, tengan como efecto la despresurización del sistema de justicia penal; pero, esta situación de la sobresaturación del sistema penal es una cuestión añeja, es decir, no es nueva y sin duda era conocida al momento de pugnar por los juicios orales, como para haber redimensionado sus reales alcances y, por ende, haber buscado otra bandera.

3) Por otra parte, no debe pasarse por alto que, de acuerdo con la reforma constitucional de 2008, el *juicio oral* es el momento procedimental donde se pueden hacer efectivos los principios y garantías procesales; por lo que, su importancia está fuera de duda como para querer ahora prescindir de él[107]. Por ello, afirmar que el juicio oral es un mero "referente", o el "faro que guía el proceso", es decir algo engañoso o eufemístico, si lo que realmente se busca es aplicarlo sólo de manera "excepcional"; con ello, en realidad, se da a entender que se reconoce la incapacidad del sistema procesal penal que se está construyendo, para que pueda ocuparse de un mayor número de casos. Y no hay duda que esa posición del nuevo CNPP es contraria a la idea de aplicar los juicios orales al mayor número de casos, sobre todo para los de mayor gravedad[108].

Ahora bien, el haber insistido en darle a los juicios orales una aplicación más amplia, obedecía a la idea de aprovechar sus bondades, que sin duda las tienen, para incrementar la calidad de la justicia penal mexicana, darle cierto prestigio y recuperar su credibilidad social; y ello no implica pensar utópicamente, sobre todo si se atiende a otros contenidos de la reforma constitucional y se concede alguna razón a quienes tanto han hablado a favor de los juicios orales, pues ahora no puede de pronto negarse que

[106] Como un aspecto negativo.

[107] Pero, tal vez quiera argumentarse ahora que, cuando la Constitución habla de "*juicio*" no se está refiriendo a la etapa final del proceso, sino que es utilizado como equivalente a proceso, procedimiento, enjuiciamiento penal o, incluso, " audiencia", es decir, a cualquier etapa en que se pueda aplicar la oralidad; por ello, algunos argumentan ahora que toda audiencia, por ser oral, es en realidad un "juicio oral"; lo que, por supuesto, no es el sentido constitucional, sino que con ello se trastocan totalmente las cosas. Pero este mismo equívoco se maneja cuando, con motivo de la implementación, se habla con tanta facilidad de la creación de "salas de juicio oral", cuando en realidad lo más correcto es hablar de "salas de audiencias"; pero es igualmente un equívoco el decir que los principios que señala el artículo 20 constitucional se pueden observar en toda etapa del procedimiento, sin más.

[108] Como era la posición de la Iniciativa de CPP único presentada por la Senadora Cristina Días y otras legisladoras.

tengan alguna virtud como para prescindir de ellos. Pero, tampoco habría que llegar al otro extremo, de pensar que los juicios orales son una especie de *panacea*, pues es evidente que ellos por sí solos no tendrían la capacidad de atender un número considerable de casos[109], si las otras alternativas no son igualmente atendidas y aprovechadas. Para que el proceso penal acusatorio y los juicios orales muestren sus reales beneficios, habría que partir de la base de que el sistema penal no es el único medio para atender los problemas sociales, sino que hay otros, que incluso pueden ser más funcionales; por ello, al sistema penal no habrá que verlo ni como el *único* recurso ni de manera aislada, sino al lado de los otros medios de control social, desde una perspectiva integral. Lo anterior obliga a considerar los otros mecanismos que la propia reforma constitucional prevé y que también persiguen ciertos objetivos comunes.

Así, por ejemplo, se sugiere aprovechar la reforma al artículo 17 constitucional, que posibilita diseñar todo un "*sistema integral de mecanismos alternativos de solución de conflictos y de justicia restaurativa*"; ese sistema no se limitaría a fungir sólo como una salida alterna más en los asuntos sujetos a procedimiento penal[110], sino que él podría ocuparse de una cantidad considerable de asuntos que actualmente han expandido de manera irracional el uso del derecho penal y de todo el sistema de justicia penal. Un sistema así, además, podría influir de manera más efectiva en la despresurización del actual sistema penal en todos sus sectores y niveles, así como posibilitar que éste esté en condiciones de cumplir con su alto cometido[111].

Pero, para ello también se requiere revisar la legislación penal sustantiva, pues ella es la primera que posibilita que el sistema penal esté sobresaturado, por la enorme cantidad de figuras delictivas que contiene; habría que revisar si todas esas figuras justifican o no la intervención del derecho penal. A partir de una revisión a fondo, podría seguramente emprenderse un amplio proceso de *descriminalización* y *destipificación* de conductas que actualmente se encuentran penalizadas, mismas que por su poca trascendencia social[112] podrían ser atendidas de manera más eficaz por otros

[109] Afirmación que confirma lo antes dicho.

[110] Como lo prevé la Iniciativa de Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, que el Ejecutivo Federal envió al Congreso de la Unión el pasado 5 de marzo de 2014 y que tiene un alcance limitado; por ello, en lugar de una Ley especial, dichos mecanismos debieron regularse en el propio CNPP, como lo sugerían algunas Iniciativas; una Ley Especial sólo se habría justificado si se ocupara del diseño de todo un sistema integral de mecanismos alternativos.

[111] No hacerlo así, los mecanismos alternativos sólo serán una muleta más del nuevo sistema penal, que muy poco lo ayudarán para avanzar en la consecución de sus objetivos.

[112] Como son los casos de bagatela y otros que ahora permiten la aplicación de criterios de oportunidad o de soluciones alternas.

medios o sistemas, como el mencionado en el párrafo anterior. Asimismo, habrá que seguir insistiendo en la generación de un ***Código Penal único*** para toda la República, que sin duda sería el mayor logro legislativo que pudiera darse hasta ahora en nuestro país; pero, para que ello sea así[113], es igualmente necesario que en el diseño de dicho Código Penal se parta de una clara concepción político-criminal respecto de su función y sus alcances, y que sea coherente con las características del Estado mexicano, para responder tanto a las realidades nacionales como a las exigencias y expectativas de la sociedad.

d) Un desacuerdo más: sobre los criterios de oportunidad:

1) Otro mecanismo, que tampoco es algo característico del sistema procesal penal acusatorio, sino algo que incluso puede contraponerse a sus postulados, pero que ahora parece tener amplia aceptación, es el relativo a los *criterios de oportunidad* que igualmente introdujo la reforma constitucional de 2008[114] y que desde entonces ha sido objeto de opiniones diversas[115], máxime cuando se le da el tratamiento de "*principio*". Así, por ejemplo, el Dictamen del Senado establece: "La aplicación de este principio implica un verdadero cambio de paradigma. Significa dejar atrás la institución de la estricta legalidad y replantear el concepto de justicia[116]. Los criterios de oportunidad consisten en acotados márgenes de discrecionalidad –ya no de arbitrariedad- a través de los cuales el Ministerio Público podrá ejecutar la política criminal del Estado mexicano.

[113] Y para que no se den los cuestionamientos como los que ahora enfrenta el CNPP.

[114] Con lo que se institucionaliza algo que innegablemente ha sido una práctica execrable, porque se la ha vinculado con actos de corrupción o bien que simplemente se aparta de la legalidad.

[115] Véase, por ejemplo, GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?, Porrúa, 4ª. Ed., México, 2010, pp. 39 y ss.; MERINO HERRERA, J., *et al*, El proceso de aplicación de los criterios de oportunidad, INACIPE-SETEC-SEGOB, México; CARREÓN HERRERA, José Héctor, y CARREÓN PEREA, Héctor, Los criterios de oportunidad y su implementación en el sistema de justicia penal mexicano, en Sistema Penal, Revista del IFP/PGJDF, No. 7, México, pp. 61 y ss.; VILLARREAL PALOS, Arturo, El desarrollo de los criterios de oportunidad en la legislación penal mexicana y la necesidad de establecer directrices constitucionales, Congreso Redipal Virtual VI, Red de Investigadores Parlamentarios en Línea, enero-agosto, 2013.

[116] A reserva de analizar con más detenimiento esta afirmación, sin duda ella resulta preocupante por sus implicaciones. Aún cuando muy pocos se imaginan que la actuación del legislador también se rige por el principio de legalidad, imaginemos que ese mismo criterio se aplicara con relación al legislador, quien tiene la función de crear las leyes penales y, por tanto, los tipos penales, respecto de los cuales se exige observar la estricta legalidad, para que los tipos penales sean claros y precisos, justamente por razones de seguridad jurídica; si ahora se dijera que el legislador, por razones de política criminal, puede dejar de observar el principio de estricta legalidad y, atendiendo más a criterios de oportunidad o de utilidad, generar tipos penales abiertos o indeterminados, los cuales serían contrarios a las exigencias del principio de legalidad. Si eso se admitiera, ¿qué tipo de derecho penal sería ese?, ¿cuál sería la base normativa que tendría el juzgador para fundamentar sus resoluciones?; sin duda, sería un derecho penal que se apartara de las exigencias del Estado democrático de derecho.

Estos criterios, tal como fueron planteados en el Proyecto, no representan, en ningún caso, mecanismos de despresurización del sistema de justicia penal".

Acorde con lo anterior, el Artículo 256 CNPP prevé en siete fracciones los *casos en que operan los criterios de oportunidad*; además, señala: "El Ministerio Público aplicará los criterios de oportunidad sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando las circunstancias especiales en cada caso, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código así como en los criterios generales que al efecto emita el Procurador o equivalente. La aplicación de los criterios de oportunidad podrán ordenarse en cualquier momento y hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio."

2) Tanto el contenido de este artículo como lo afirmado en el Dictamen respectivo tienen cuestionamientos. Por una parte, a diferencia de lo que establece el artículo 21 constitucional[117], el Dictamen del Senado utiliza tanto la expresión de "*principio de oportunidad*" como de "*criterio de oportunidad*", indistintamente, como sucede en algún sector de la doctrina, siendo, por supuesto, inaceptable confundirlos o darle a éste la categoría de "principio" en el sistema mexicano. Para los efectos del sistema procesal acusatorio, que se precia de responder mejor a las exigencias del Estado democrático de derecho y, por ello, se le caracteriza como más garantista, el criterio de oportunidad no puede tener la categoría de principio, porque entonces el Ministerio Público no lo aplicaría de manera discrecional sino que estaría obligado a observarlo y aplicarlo. Además, de ser considerado un principio, él sería opuesto al "*principio de legalidad*"; y es claro que la reforma constitucional no pudo tener la pretensión de abandonar el principio de legalidad[118], sobre todo con relación a la función que corresponde al Ministerio Público, en donde la exigencia de que la actuación del órgano investigador y acusador se ajuste a la legalidad es cada vez mayor, sobre todo en realidades como la nuestra. Sin embargo, ese no es el sentido que el Dictamen le dio, al afirmar que "la aplicación del principio de oportunidad significa dejar atrás la institución de la estricta legalidad"; con ello parece olvidarse que uno de los sectores del sistema penal que mayormente ha sido cuestionado en los últimos tiempos, en todo tipo de evaluaciones que se han hecho, sobre todo por lo que hace a excesos e ineficacia y a los "desastres"

[117] Que dice: "*El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley*".

[118] Pues de hacerlo, ello nos llevaría a aceptar un principio propio de sistemas autoritarios.

del sistema de justicia, es el que tiene que ver con la función del Ministerio Público[119], al que ahora se le quiere dar mayores facultades[120]. Pero, de haber sido esa la idea, entonces no habría ya mayor diferencia entre discrecionalidad y arbitrariedad.

Pero, para tranquilidad de todos, la propia Constitución establece que la aplicación de criterios de oportunidad se hará en los términos y condiciones que establezca la ley[121]. Es decir, atento al tipo de sistema procesal penal que ella misma diseña, la Constitución fortalece la observancia del principio de legalidad, al establecer que para el ejercicio de la acción penal el Ministerio público "podrá" considerar criterios de oportunidad, esto es, se trata de una facultad o potestad, que se deja a su discreción aplicar o no; pero, en el caso de optar por este criterio, enseguida señala que el ejercicio de esa potestad se hará "en los términos de la ley"; con lo que, la aplicación de criterios de oportunidad queda sometida a la *legalidad*[122]. Además, en contra de lo señalado en el Dictamen, con ello el concepto de "justicia" no tiene por qué replantearse, a menos que tuviera que aceptarse un concepto de justicia que no tenga que sustentarse en el principio de legalidad.

3) Por otra parte, en el Dictamen también se afirmaba que, a través de los criterios de oportunidad, "el Ministerio Público podrá ejecutar la política criminal del Estado mexicano". Ciertamente, la aplicación de criterios de oportunidad obedece a razones de política criminal más que a razones de "justicia" propiamente dicha; pero, también es cierto que los objetivos de la política criminal del Estado mexicano no pueden limitarse ni alcanzarse únicamente a través de criterios de oportunidad, máxime cuando en el ámbito del sistema de justicia penal[123] la idea de la "justicia" constituye sin duda uno de los principales objetivos político-criminales del sistema penal y, por ello, debe orientar no sólo la actuación del juzgador sino también la actuación del Ministerio Público[124] .

---

[119] Así como la función de la policía. Véase, por ejemplo, ZEPEDA LECUONA, Guillermo R., Crimen sin castigo: procuración de justicia penal y ministerio público en México, Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C., 2004.

[120] Lo que igualmente encierra otra contradicción; recordemos que desde los proyectos de GERTZ MANERO (2002) y las recomendaciones de GIULIANI (2003), entre otros, hubo la pretensión de quitarle facultades al MP, reduciendo al menos la etapa de investigación a su mínima expresión.

[121] Así lo establece ahora el artículo 21 constitucional.

[122] Y esto debe ser así, aún cuando el CNPP establezca en su artículo 256 que para ello el MP ponderará el ejercicio de la acción penal conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría, o basándose en los criterios generales que al efecto emita el Procurador o su equivalente; pues no puede admitirse que sobre este particular haya diversidad de criterios, ya que ello iría en contra de la idea de la unificación legislativa.

[123] Que también es parte fundamental de la política criminal del Estado mexicano.

[124] De otra manera, no tendría mayor sentido el hablar de conceptos tan arraigados como "*procuración de justicia*" y "*administración de justicia*", o de que dichas funciones sean exigidas al Ministerio Público

Por lo tanto, en la aplicación de criterios de oportunidad, en donde se imponen razones de política criminal[125], no pueden quedar totalmente fuera de consideración las razones que tienen que ver con la justicia.

4) Ahora, por lo que hace al "*momento*" en que pueden aplicarse los criterios de oportunidad, el nuevo Código de Procedimientos pasa por alto que la Constitución le da a tales criterios una determinada función y, por ello, su uso tiene *límites*. En efecto, de acuerdo con lo que establece el artículo 21 constitucional, se trata de una "alternativa" al ejercicio de la acción penal y es potestad del MP aplicarla en lugar de ésta[126]; por ello, su aplicación no puede ordenarse en "cualquier momento" ni mucho menos llevarse –como lo prevé el artículo 256 CNPP- "hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio", pues ello implica que la acción penal se ejercitó ya, sino que tiene que regirse por el tiempo en que también procede el ejercicio de la acción penal. Además, la Constitución y el CNPP prevén otros mecanismos, como las salidas alternas y las formas de terminación anticipada del proceso, que igualmente se pueden aplicar, como se verá en el punto siguiente; por lo que, no hay necesidad de darle una naturaleza distinta a los criterios de oportunidad e ir en contra de la idea que motivó su regulación constitucional.

e) Desacuerdos sobre el procedimiento abreviado:

1) Con relación al *proceso abreviado*, éste tiene su fundamento en el artículo 20 constitucional[127] como una forma de terminación anticipada del procedimiento

---

y al Juez. Además, recuérdese que en algún momento de las discusiones el proyecto de Dictamen llegó a utilizar el nombre de "*criterios de justicia*" en lugar de "criterios de oportunidad", que tampoco era lo correcto.

[125] Como es, por ejemplo, la consideración de intereses sociales, o cuando se trata de delitos de bagatela, o casos de colaboración con la justicia, entre otros, en donde entra la ponderación de intereses, en los que se considera conveniente, oportuno o útil no ejercer la acción penal, aún cuando se cumplan con los requisitos legales para ello.

[126] La reforma constitucional que autoriza la aplicación de criterios de oportunidad sólo puede entenderse en el sentido de que, en ciertas circunstancias, el MP puede abstenerse de ejercer la acción penal; es decir que, aún estando reunidos los requisitos legales para el ejercicio, por las razones señaladas en la ley, el MP podrá no ejercer la acción penal. En cambio, no puede entenderse que la reforma constitucional haya también pensado en el caso de que, no existiendo los requisitos legales para ello, el MP pueda ejercer la acción penal por razones de oportunidad, como en la realidad con cierta frecuencia así sucede, sólo para quitarse el problema de encima y pasárselo al juez; y es claro que ello no tendría sentido, porque no es admisible que el juez también se rija por criterios de oportunidad.

[127] Cuyo apartado A, fracción VII, establece: "Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad".

ordinario, el cual deja a la ley determinar los supuestos y las modalidades en que debe proceder. El CNPP, por su parte, establece en el artículo 201 los requisitos de procedencia, entre los que señala que debe ser el MP el que lo solicite y que el imputado acepte su responsabilidad del delito que se le atribuye.

Para justificar el criterio adoptado por la nueva legislación procesal, el Dictamen del Senado señaló: "Los lineamientos de su procedencia responden a una política criminal más que a un catálogo de delitos o a un límite de penalidad admitida. Más que un derecho del imputado, es un derivado del principio de oportunidad y su objetivo es evitar el juicio. Se trata de acuerdos probatorios a título universal."

2) Aún cuando el Dictamen sigue el criterio de expertos que estuvieron detrás de algunas de las iniciativas de CPP único, el argumento que se da para justificarlo es equívoco, pues no hay duda que toda medida o mecanismo que contiene el CPP obedece a *razones político-criminales*, siendo el Código mismo el que obedece a este tipo de razones; lo propio puede decirse con relación al Código Penal y a sus contenidos. En decir, el argumento de que la aplicación del *proceso abreviado* "no responde a un catálogo de delitos o a un límite de penalidad" sino a una política criminal, no es correcto, precisamente porque también en tales casos se trataría de una razón político-criminal, con independencia de si ella es aceptable o no. Por ello, en todo caso debió decirse que el proceso abreviado que regula el CNPP responde a una razón político-criminal distinta a la del catálogo de delitos o del límite de penalidad; pero, además, debió decirse el porqué, ya que habían otras alternativas[128].

Tampoco es admisible lo afirmado en el Dictamen, de que el proceso abreviado "más que un derecho del imputado" es un derivado del "principio" o criterio de oportunidad, pues tal afirmación parece confundir la naturaleza de uno y de otro; y, aún cuando todos ellos se den dentro del procedimiento penal, cada uno tiene su razón político-criminal, su función y sus propios requisitos. Es evidente que, si el MP optó por ejercer la acción penal, e incluso el juez dictó el auto de vinculación a proceso y este siguió su curso, aquél dejó pasar la oportunidad de aplicar dicho criterio que le autoriza el artículo 21 constitucional; luego entonces, si se optó por iniciar el proceso ordinario, es ahora que surge la posibilidad de que se abra el "proceso abreviado", pero no como

[128] En efecto, una de las Iniciativas de CPP en el Senado adoptaba el criterio de señalar distintas hipótesis para la aplicación del proceso abreviado y, entre ellas, la que atiende al tipo de delitos y a su penalidad, que sin duda ofrece mayor seguridad jurídica.

una derivación del criterio de oportunidad sino, por el contrario, bajo otras condiciones, como es la de que el MP formule la acusación y exponga los datos de prueba que la sustentan.

Por otra parte, a diferencia del criterio de oportunidad, cuya aplicación es potestad del MP, el inicio de un proceso abreviado no obedece ya a una potestad del MP de quererlo hacer o no, y mucho menos a razones de oportunidad, sino que ahora se trata de una potestad del juez decretarlo o no. Pero, para ello, es necesario, por una parte, que el proceso penal ya se haya iniciado y, por otra, estar "en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley"; además, que "no exista oposición del inculpado", como lo señala el a. 20 C. Corresponde entonces a la legislación procesal penal señalar los supuestos y las modalidades en que procede el proceso abreviado; pero, aún cuando el a. 201 CNPP sólo se refiere al supuesto en que el imputado reconoce su participación en el hecho delictivo, es decir, que "*admite su responsabilidad por el delito que se le imputa*", ello indica que él quiere someterse a ese proceso abreviado, en lugar de seguir todo el proceso ordinario y llegar al juicio oral. Por lo que, contrario a lo señalado en el Dictamen, antes que otra cosa, se trata de "un derecho" del imputado y no de una potestad del MP[129], de la misma manera que es un derecho el juicio oral[130]; pues, si el imputado no lo consciente expresamente y, por ende, no renuncia al juicio oral, no podrá aplicarse el procedimiento abreviado, por más que el MP así lo quiera, a menos que se acepte que éste puede obtener el consentimiento a toda costa[131]. Acorde con el criterio aquí sostenido, de considerar la aplicación del proceso abreviado como un "derecho del imputado"[132], una de las iniciativas[133] proponía que el proceso abreviado sólo se aplicara a solicitud del imputado, correspondiendo al Juez únicamente valorar su

[129] Tal vez podría ser más aceptable que se tratara de una potestad del juez el plantearlo, pues, como se deriva de la disposición constitucional, él es el único que puede decretar su terminación anticipada si se cumplen los supuestos y modalidades determinadas por la ley.

[130] Como se desprende del artículo 201, III, a), CNPP.

[131] El que la aplicación de procesos abreviados con frecuencia constituye un abuso del órgano persecutor, porque en la mayoría de las veces obedece a la "presión" que éste ejerce sobre el imputado, aún cuando para algunos se trata sólo de una mera "oferta", o incentivo, no está alejado de la realidad. Así se dice, p. ej., de los sistemas procesales angloamericano y colombiano, en los que el imputado se ve presionado por el fiscal, ante la posibilidad de cargarle un mayor número de delitos y, por tanto, de sufrir una pena mucho más alta, si no acepta su "culpabilidad"; además, ante la clara imposibilidad de poder demostrar su inocencia, muchas veces tiene que confesar su culpabilidad aún sabiéndose inocente, con tal de que se le imponga una pena menor. Y, por ello, es claro que este no es el sentido que habrá que atribuirle a la reforma constitucional de 2008, la cual tiene como objetivo contar con un procedimiento penal con plenas garantías.

[132] De otra manera ¿cómo se podría explicar que el imputado renuncie a otros derechos, como los del juicio oral?

[133] La presentada por la Senadora Cristina Díaz y otras legisladoras.

procedencia si se está en los supuestos y se cumplen las modalidades que señala la ley; y sin duda, ese es el espíritu de la Constitución, pues si el imputado se opone a su aplicación, no podrá llevarse a cabo el proceso abreviado[134]; no obstante, como se señaló, lo anterior no excluye que se puedan dar casos en que el imputado se vea obligado a aceptar su participación en el hecho, aún sabiéndose inocente.

3) Finalmente, una consideración más sobre lo afirmado en el Dictamen del Senado, de que el objetivo del proceso abreviado es "*evitar el juicio*". Ciertamente, ese es el efecto que tiene; pero con ello, al proceso abreviado se le atribuye una función que tampoco va con su naturaleza. No obstante, ello pone de manifiesto la intención de quienes, habiendo impulsado el modelo procesal penal que toma al juicio oral como pretexto, ahora tratan de prescindir de él[135], como si se tratara de algo negativo, cuando que él, aún sin ser lo más característico del sistema procesal acusatorio, tal vez le habría dado al modelo mayor justificación. Lo cierto es que la aplicación del proceso abreviado, como forma de terminación anticipada que es, tiene como "efecto" el que no se llegue al juicio oral; pero, es evidente que ese no puede ser su objetivo. El "objetivo real" de esta modalidad es darle "celeridad" a los procesos; pero, también es evidente que, en aras de la celeridad, se prescinde de lo más importante del proceso, que es la audiencia del juicio oral y, por ende, de los importantes derechos y garantías del procesado, así como de los principios, que sólo en ella pueden tener observancia plena. En otras palabras, con independencia de si el imputado solicita o no el proceso abreviado, e incluso de si se trata de su derecho o no y de que se renuncie al juicio oral y a los derechos que ello implica, lo cierto es que con el proceso abreviado se renuncia a los derechos y garantías del debido proceso; y, eso es suficiente para cuestionarlo.

f) Críticas al procedimiento de la llamada "justicia negociada":

1) Ahora bien, no hay duda que la *"celeridad"* del proceso constituye también un objetivo fundamental del sistema de justicia penal; por ello, se trata de un mandato constitucional (a. 17 y 20 C) que igualmente debe atenderse en el sistema procesal penal acusatorio y oral; tan es así, que se ha argumentado a favor del cambio, de que el juicio oral es *más rápido* que el escrito, entre otras ventajas. Por ello, se ha considerado que uno de los mecanismos para alcanzar ese objetivo es la aplicación del *proceso*

[134] En este caso, tanto el MP como el Juez sólo pueden estar de acuerdo o no con el imputado; el primero, para que lo solicite y, el segundo, para que lo autorice, pero ninguno lo puede imponer; incluso, si la víctima u ofendido se opone fundadamente, el procedimiento abreviado no podrá llevarse a cabo.

[135] No obstante que, como se ha dicho, el juicio oral es un derecho del procesado.

abreviado, del que se trató en el punto anterior y del cual no hay duda que puede tener importantes efectos con relación a la "despresurización" del sistema penal[136]; de ahí que no se rechaza el uso de los procesos abreviados, si ellos se aplican de manera más racional y sin costo para los derechos humanos.

Sin embargo, según lo establece el CNPP, la aplicación del proceso abreviado tiene como principal razón que el imputado "admita su responsabilidad por el delito que se le imputa". Y si bien el "admitir su responsabilidad" o "su participación en el delito" le acarreará cierto beneficio, como es una disminución de la pena, no hay duda que ello propicia por otra parte que se dejen de observar importantes derechos y garantías del imputado, así como los principios propios del proceso acusatorio[137], cuya observancia plena sólo se hace realidad en la audiencia del juicio oral[138]. En otros términos, con ello se abre una amplia posibilidad de condenar al imputado sin la observancia de derechos y garantías que el artículo 20 constitucional prevé para la audiencia de juicio oral y para la sentencia. Además, como lo establece el artículo 201 CNPP, para condenar al imputado bastan los "datos de prueba" que el MP exponga al formular su acusación; es decir, contrariamente a lo previsto por el apartado A, fracción III, del artículo 20 constitucional, el CNPP autoriza condenar "sin pruebas"[139] y, adicionalmente, por un juez que no es el del juicio y sentencia sino por el de control, esto es, por un juez que ha conocido previamente del caso, en contravención a lo dispuesto por la fracción IV, A, del artículo 20 C.

2) No hay duda que el tema del "*reconocimiento de la responsabilidad*", la "*renuncia al juicio oral*" y la "*negociación del tipo de acusación y de la pena*", que sirven de base para el procedimiento abreviado, es uno de los puntos más cuestionables no sólo del CNPP sino de todo el sistema procesal penal acusatorio, que ahora tiene su base en la Constitución. Mientras que para un importante sector, esta y las soluciones alternas constituyen la parte más importante y casi la esencia del sistema acusatorio,

[136] En los términos del CNPP.

[137] Entre los que destaca el de *presunción de inocencia*, que después de ser ubicado en un rango superior ahora cualquier dato de prueba la hace añicos. Pero, por otra, parece que ahora la "*confesión*" vuelve a adquirir la relevancia que antes tenía.

[138] Como lo señala el artículo 348 CNPP, sin desconocer lo previsto en la fracción X del apartado A del a. 20 C.

[139] Sobre todo si se sigue la idea de que no hay más pruebas que las que se ofrecen en la audiencia del juicio oral; y, aún cuando ese criterio no se puede compartir, porque el propio artículo 20 C, A, III, claramente establece que, "para los efectos de la sentencia, sólo se considerarán pruebas …", lo cierto es que en el caso del proceso abreviado no se cumple con esa exigencia.

para otros[140], es la parte menos esencial de dicho sistema, pues ella puede adecuarse a cualquier sistema procesal penal[141]. Sin embargo, al sistema acusatorio que ahora se implementa se le ha tenido que apoyar con dichos mecanismos, porque son los que pueden hacerlo viable; pero, el gran problema es que ellos también pueden influir tanto en su desnaturalización como incluso en su desprestigio.

Ahora bien, como esta alternativa político-criminal de la negociación de la justicia y de todo lo que se relaciona con ella[142], que tiene como objetivo darle más agilidad al procedimiento penal y hacerle frente al problema de la sobresaturación del sistema penal, es una medida que también ha sido importada, considero útil señalar algunas opiniones que se han exteriorizado en torno al sistema que le ha servido de modelo. Se trata del sistema procesal penal norteamericano, que es caracterizado como el sistema acusatorio por excelencia, o "proceso acusatorio puro"[143], donde se encuentra el antecedente más claro de este mecanismo que se ha ido extendiendo a los procedimientos penales no sólo de países latinoamericanos sino también de países europeos. Y aún cuando la forma de su inclusión en el sistema procesal penal mexicano reviste algunas modalidades, que hacen que ambos sistemas tengan algunas diferencias importantes, tales opiniones pueden servir para que tengamos otros elementos para poder valorar dicha medida y, en su caso, aplicarla de la manera más racional para evitar el problema señalado en el párrafo anterior.

2a) Una de esas opiniones nos la ofreció H. H. A. COOPER[144] desde principios de la década de los setenta del siglo XX, quien, al referirse al sistema procesal penal norteamericano, desde entonces hablaba ya del "*ocaso del juicio oral*" y señalaba, por un lado, que en este juicio el procesado goza del status de igualdad con el Estado así como de ciertos privilegios procesales, tales como la *presunción de inocencia* y la protección contra las pruebas inadmisibles, la publicidad de su procesamiento, un juez justo e imparcial, etcétera, que son atributos democráticos de dicho enjuiciamiento y que ha sido el orgullo nato del régimen penal angloamericano. Pero, por otro lado, también destacaba que esos atributos no siempre se mantienen en las diversas fases del

---

[140] Entre los que me cuento.

[141] Recordemos que el actual CFPP lo regula como "proceso sumario" en el artículo 152; lo propio hace el CPPDF en sus artículos 305 y ss., pero con alcances diferentes.

[142] El uso de la expresión "negociación de la justicia" no es porque nos guste, sino porque a ello se reduce o se puede reducir este mecanismo que ahora prevé el artículo 20 constitucional.

[143] Como lo caracteriza GÓMEZ COLOMER, Juan Luís, El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho, INACIPE, México, 2008.

144 Profesor de la Universidad de Nueva York.

procedimiento y que el juicio oral, como se lo describe en los textos, "va pasando al olvido", observándose que en un gran porcentaje de los casos "el condenado entra en la fase de ejecución de la pena sin haber sido procesado en la forma tradicional"[145].

Lo anterior indica que el *juicio oral*, en el que el acusado se sustenta con todo el rigor de la ley procesal, va desapareciendo[146] y está siendo sustituido por un procedimiento menos formal, en el cual entra una serie de consideraciones discrecionales y extralegales, como es el caso del *plea-bargaining*, que –según H. A. COOPER- sin duda ha estremecido al proceso penal estadounidense, ya que en el *plea* al acusado sólo se le exige una contestación general con relación a su posición frente a los cargos: *culpable* o *no culpable*, lo que determina el desarrollo subsiguiente del proceso. Si la respuesta del acusado es de *no culpable*, ello constituye un rechazo tajante de los cargos y un desafío al Estado para que éste pruebe el caso en contra del inculpado, y significa la realización de un *juicio oral* ante un juez sólo, o ante un juez más el jurado de doce personas; lo que implica toda una movilización de recursos por parte del Estado que busca la condena del inculpado. El juicio oral, por ello, es a veces de larga duración, muy costoso y de resultado muy difícil de pronosticar; pero, por ser un juicio de carácter adversarial, incrementa el "espíritu de competencia" y, además, en caso de perder, es muy probable que el inculpado reciba una sentencia de mucha mayor severidad que la que hubiere recibido de haber confesado desde el principio su culpabilidad. En cambio, si el procesado se declara *culpable*, las consecuencias son distintas: ante la *autocondenación* ya no hay necesidad de probar su culpabilidad, ni de testigos ni de los demás incidentes de un juicio oral; se ahorra tiempo y dinero; las partes pueden llegar a un cierto arreglo o negociación (*plea-bargaining*) y el juez puede ir directamente a la imposición de la sentencia, aunque en la práctica esto con frecuencia llegue a prolongarse.

Ciertamente, el *plea-bargaining* hace ahorrar tiempo y dinero, así como las molestias del juicio oral, por la promesa al procesado de una sentencia menos severa a condición de que la defensa acepte los cargos con un *plea* de culpable. Sin embargo, por tratarse de una transacción que implica que el procesado está en posición de negociar

145 COOPER, H.H.A., El ocaso del juicio oral en los Estados Unidos de Norteamérica, en Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social, No. 5, Sept.-Oct., 1972, pp. 63 y ss.; véase, también, MORENO H., Moisés, Retos del sistema procesal penal en México.- Algunas propuestas para la transformación del sistema de justicia penal, en Conferencias Magistrales 8, INACIPE, México, 2004. Lo anterior muestra que, una cosa es el derecho en los libros y otra el derecho en la práctica (en la acción).

146 Tal como ahora se pretende en México, pero con la diferencia de que aquí aún no acaba de nacer.

con el Estado y regatear un mejor trato pese a su culpabilidad, sin duda que es incompatible con los *fines* del proceso penal; y lo es aún más cuando el inculpado es incluso inocente, pero por la dificultad de probarlo tiene que negociar al menos para lograr una sanción menor[147].

2b) Por lo que hace al sistema procesal penal europeo[148], tenemos la opinión de un procesalista alemán, el profesor Bernd SCHÜNEMANN, quien al abordar la rivalidad de los modelos procesales, el angloamericano y el continental europeo, desde hace más de veinte años se duele de que "el procedimiento penal continental europeo haya caído en pocos años en una crisis existencial tan profunda, de la que sólo podría sacarla –según opinión de los legisladores italianos y españoles, así como de los prácticos de la justicia alemana- la adopción del procedimiento penal norteamericano o, al menos, de partes esenciales de éste"[149]. Sin embargo, SCHÜNEMANN señala que esa impresión es engañosa, ya que, contrariamente a esa opinión, él sostiene que "el procedimiento penal continental europeo ha entrado en una crisis profunda e incomparable justamente por la adopción del *plea bargaining*, una crisis vital para la estructura de un estado de derecho liberal y una crisis de sobrevivencia, que no puede ser captada, o no quiere serlo, por los profesionales que actúan en el proceso"[150]

Como punto central de su análisis, SCHÜNEMANN destaca precisamente el tratamiento de las "negociaciones" o "acuerdos informales", a los que considera no sólo "cuerpos extraños en el sistema continental europeo", sino que "constituyen la incisión más profunda en la evolución del proceso penal alemán desde 1879 y un hacha para las

---

[147] Además, entre los efectos negativos del *plea-bargaining* se señalan los siguientes: *a)* El District Attorney usurpa atribuciones judiciales y, por ello, la función judicial se ve menguada; *b)* con la desaparición efectiva del juicio oral también cambian las funciones de los defensores, pues la estructura del proceso cambia radicalmente; *c)* el tipo de transacción que implica el *plea-bargaining*, que es llevado a cabo detrás de la pantalla, a puerta cerrada, conduce a grandes insatisfacciones y sospechas, a veces fundadas, de irregularidades en la administración de justicia; *d)* el sistema es manipulable sobre todo por experimentados delincuentes, quienes son procesados varias veces y salen beneficiados injustificadamente; en cambio, el principiante –y especialmente el pobre- recibe un trato menos favorable; entre otros. Véase H. COOPER, *Op. cit.*, pp. 70 y s.; asimismo, Helen SILVING, Essays on Criminal Procedure, Buffalo, N. York: Dennis and Co., 1964; y Criminal Justice, Vol. I, Puerto Rico, 1971.

148 Sobre el derecho procesal penal europeo, véase: ROXIN, Claus, Strafverfahrensrecht, 22. Auflage, Verlag CHBeck, München, 1991; BAUMANN, G., Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrechts, 3. ed., München, 1979; GIMENO SENDRA, El nuevo proceso penal (con otros), Valencia, 1989; GÓMEZ COLOMER, El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas. Bosch, Barcelona, 1985; MAIER, Julio, La ordenanza procesal penal alemana, 2 vol., Depalma, B. Aires, 1978-1982; entre otros.

[149] SCHUENEMANN, Bernd, Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?), en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial: Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania, Madrid, 1991, pp. 49 y ss.

[150] *Op. cit., loc. cit.*, pp. 52 y s.

raíces de una tradición centenaria". Esta afirmación resultaría sorprendente para los prácticos, ya que para ellos los acuerdos parecen ser no sólo una necesidad de la justicia y la duración de los procesos sino también una forma de sustituir la idea de la retribución por la de prevención como fin de la pena, basada en la economía procesal y orientada al consenso. En efecto, SCHÜNEMANN señala que esta idea utilitarista es engañosa, porque si bien ella trae consigo "una enorme reducción de exigencias técnicas y de la complejidad del trabajo, así como un aumento de las probabilidades de los éxitos profesionales", no hay duda que mediante los acuerdos "se desnaturaliza completamente la estructura procesal del StPO, ya que se carece de casi todas las medidas cautelares necesarias contra su abuso". Pero, además, los acuerdos –con tal de acortar los procesos- lesionan el contenido material de las garantías procesales, como las de oralidad, mediación y publicidad, así como la presunción de inocencia por toda iniciativa de obtener una confesión antes de la práctica total de las pruebas en el juicio oral. Lo que, aunado a la renuncia del juicio oral y a una disminución de la pena basada solamente en el reconocimiento, total o parcial, por parte del acusado del contenido de la acusación –agrega-, "*nos ubica en una inversión de todos los valores y nos reconduce al procedimiento inquisitivo, contra el que se introdujo en el siglo XIX el bastión del juicio oral como centro del procedimiento penal*"[151].

Y, aún cuando SCHÜNEMANN encuentra otras zonas de conflicto, destaca la que tiene que ver con la falta de compatibilidad de los acuerdos procesales con los fines procesales (como es la búsqueda de la "verdad material") y los fines del derecho penal (como es la "justicia material", que se basa en la idea de la culpabilidad por el hecho y en la individualización seria de la pena). Al respecto, afirma que: "El mero reconocimiento del hecho no constituye un fundamento suficiente para la determinación de la pena; el sometimiento a la sentencia que es consecuencia de una negociación sólo certifica la fuerza de la coacción estatal, pero poco dice sobre la inquebrantabilidad del derecho, razón por la cual no podría legitimar una atenuación de la pena; y, por último, la prevención general integradora se tiene que mover, de todos modos, en el ámbito de la prevención general intimidante, dado que de lo contrario no se estaría sancionando el hecho punible del autor sino su comportamiento procesal"[152] . Por lo que, concluye: "La introducción del *plea bargaining* norteamericano en el proceso penal continental europeo sólo ha permitido superar su crisis de una manera aparente; aún más, la ha

[151] *Op. cit., loc. cit.*, p. 56. Las cursivas son nuestras.
[152] *Op. cit.*, p. 57.

profundizado transformando la búsqueda de la verdad material en un *catch as catch can* ('agárrate como puedas')". Y reafirma: "La marcha triunfal del proceso penal norteamericano, considerada unilateralmente, sería lamentable y debería ser resistido en el actual desarrollo del sistema procesal penal europeo de una manera decidida, pues constituye una renuncia a las conquistas fundamentales del estado de derecho ya alcanzadas en el siglo XIX. La circunstancia de que muchos prácticos sean ciegos a este respecto y sólo tomen en consideración las ventajas analizadas al principio, no puede forzar a la ciencia del derecho a la resignación, sino que, por el contrario, exige un redoblamiento de los esfuerzos por impedir que se desmonte el proceso penal europeo fundado en los principios liberales del estado de derecho"[153].

2c) Igualmente en el ámbito latinoamericano ha habido voces en este sentido; así, por ejemplo, el profesor argentino E. R. ZAFFARONI ha destacado en distintas ocasiones que la adopción de la práctica de la *negociación* o acuerdo entre las partes, que no sería sino la práctica del *plea-bargaining* del sistema procesal norteamericano, es una experiencia no deseable que ya la han tenido algunas legislaciones en América Latina. En efecto, señala que el uso de la negociación, como es sabido, "se convierte fácilmente en una fuente de extorsión que reemplaza a la tortura: quien carece de defensa de calidad no tiene otro recurso que admitir lo que se le ofrece en la negociación o regateo, pues de lo contrario se le amenaza con una pena mucho más grave".// "Además, se trata de un recurso que llena otro requisito fundamental para la selectividad estructural del poder punitivo: perjudica sólo a quienes tienen menores recursos; el resto puede incluso beneficiarse con él"[154].

3) Por razón de lo anterior, al analizar la nueva legislación procesal penal mexicana con relación a la inclusión de los *criterios de oportunidad* y del *reconocimiento de responsabilidad*, como mecanismos para despresurizar al sistema penal, aún cuando ello conlleve la obtención de ciertos "beneficios"[155], habrá que considerar seriamente los riesgos que implicaría para nuestro sistema de justicia penal su aplicación, si no se hace uso de criterios de racionalidad. Y no hay duda que, por los impulsos que está teniendo el proceso de implementación del nuevo sistema procesal

[153] SCHUENEMANN, Bernd, *Op. cit.*, p. 58.

154 ZAFFARONI, E. R. (coord.), El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos. Ed. Porrúa, México, 2000, p. 15; véase, también, del mismo, Independencia y autonomía del poder judicial (conf.), ELD-CEPOLCRIM, 2005.

[155] Como sería, por ejemplo, la disminución de la prisión preventiva, así como la disminución de la pena al imputado.

penal mexicano, son totalmente aplicables las opiniones e inquietudes vertidas por los autores antes citados, sobre todo si se atienden las raíces de nuestro derecho penal y procesal penal que, como se ha dicho, se sustentan en principios liberales y democráticos del Estado de derecho[156]. Por lo que, si el legislador pasó por alto la experiencia que han tenido legislaciones procesales penales de países de Europa y de América Latina, en las que la injerencia del sistema procesal anglo-americano es evidente y ha motivado las citadas opiniones críticas, precisamente por la práctica del *plea-bargaining*[157] , habrá ahora que procurar que los operadores del nuevo sistema penal apliquen criterios de racionalidad en su uso, o que no hagan un uso irracional de tales mecanismos, para evitar que el sistema procesal penal, de raigambre liberal y democrática, se desvirtúe y se desprestigie.

Ciertamente, el sistema de justicia penal y, concretamente, el sistema procesal penal deben ajustarse a los principios de corte liberal y democrático en la consecución de sus objetivos. Por lo tanto, por razones de congruencia, la adopción de ciertas estrategias político-criminales y de ciertos criterios procesales deben observar los *límites* que imponen dichos principios propios del Estado liberal y democrático de derecho[158]. Y es claro que la adopción de la práctica del *plea bargaining* del sistema angloamericano, cuya raigambre es diferente, puede constituir una mala experiencia para el sistema procesal penal mexicano[159]; pues su uso, aún con las variantes introducidas en el CNPP, puede convertirse en una fuente más de *corrupción* y de *extorsión*, entre otras consecuencias no deseables, sobre todo si entendemos que nuestras realidades son distintas. Por tal razón, y porque en todo este proceso de reforma siempre se ha resaltado la necesidad de tomar en cuenta las "buenas prácticas"[160] y las realidades nacionales, habría que cuestionarse si, después de lo dicho, el legislador mexicano optó por una "buena práctica" al considerar que la *negociación de la justicia* traerá importantes beneficios a la justicia penal mexicana, o si debió tomar

[156] Al menos formalmente hablando.

[157] Aún cuando cada uno lo haya adoptado con ciertas variantes. Por lo que hace a Italia, véase a Ottavio SFERLAZZA, Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada, Fontamara-CEPOLCRIM-Aquesta Terra, México, 2005.

[158] Entre los que destacan el principio de *legalidad* y el de "*presunción de inocencia*", el que no hay duda que se ve menoscabado por el simple "*reconocimiento de responsabilidad*" y la consecuencia que éste conlleva.

[159] Como ya lo ha hecho notar Jesús ZAMORA PIERCE en diversos escritos sobre la reforma; véase, también, Moisés MORENO HERNÁNDEZ, Retos del sistema procesal penal en México, INACIPE, México, 2004.

[160] Las cuales tienen que ser valoradas desde la perspectiva de los objetivos de la reforma constitucional de 2008 y 2011, así como de los objetivos del proceso penal.

en cuenta las experiencias de otros países que han tenido el influjo de la misma, en los que el efecto ha sido negativo, como lo han señalado SCHÜNEMANN y ZAFFARONI respecto de las legislaciones procesales en Europa y América Latina.

3. Conclusión en torno a estos primeros temas:

a) Para concluir esta primera parte del análisis del CNPP, quiero insistir en resaltar que tanto los criterios de oportunidad como el proceso abreviado y el criterio de la negociación o de los acuerdos procesales, no constituyen partes esenciales o las partes más características del sistema procesal penal acusatorio, aún cuando ellos se hayan convertido en una práctica muy común en este tipo de sistema, como lo muestra el sistema procesal angloamericano, donde la práctica del *plea bargaining* se introdujo –como se ha dicho- hace más de cien años[161]. Como se ha dicho, esta práctica se introdujo en el sistema no tanto por ser una parte esencial del mismo sino por razón de exigencias político-criminales motivadas por cierto tipo de crisis que comúnmente atraviesan los sistemas procesales penales en determinados momentos de su desarrollo; sobre todo, cuando la necesidad de mantener cierta congruencia al interior del sistema obliga a observar sus principios característicos, y ello pone en entredicho su capacidad para resolver un mayor número de problemas en la forma ideada por el mismo.

Por ello, al reconocer su propia incapacidad para atender al menos un número razonable de asuntos que llegan al sistema, aplicando los principios y criterios que le son característicos, éste se ha visto obligado a apoyarse de otros mecanismos que lo pueden hacer más funcional, como el *plea bargaining* que, aparte de reducir ciertas exigencias formales y materiales, tiene como beneficio una considerable reducción de la pena para el acusado que de antemano reconozca su culpabilidad. Pero, de acuerdo con lo anterior, parece que ahora habría que propiciar que el acusado "reconozca su culpabilidad", pues con ello se prescindirá de la audiencia de juicio oral y, como consecuencia, sólo un porcentaje mínimo de asuntos llegará a dicha audiencia[162], tal como se anunció en el Dictamen del Senado sobre el sistema procesal penal mexicano.

b) A lo anterior habrá que agregar una agravante más; según el CNPP y el criterio antes señalado, el mayor número de asuntos se resolverá a través de los procesos

[161] Que puede ser mucho o poco tiempo, según el punto de referencia.

[162] Es claro que los países que tienen el juicio oral, como es el caso de los Estados Unidos de América, sólo lo aplican en un porcentaje demasiado reducido (alrededor del 5% o menos); en algunos Estados de la República que ya lo han implantado sólo lo aplican de manera excepcional y para casos poco trascendentes.

abreviados, o bien a través de las otras soluciones alternas, con las consecuencias que se han destacado. Pero, además, ya que el legislador no precisó el sentido de la sentencia que corresponde dictar el juez, es evidente que ese gran número de casos que se resolverá a través del proceso abreviado, de acuerdo con el criterio adoptado por el CNPP, que se sustenta en el "*reconocimiento de la responsabilidad*"[163] y en otras aceptaciones o renuncias por parte del acusado, siempre terminará en una "sentencia condenatoria". Quienes propiciaron este tipo de regulación en el Código, aún con ciertas vacilaciones, no admiten que este tipo de procesos pueda concluir en una "sentencia absolutoria" [164].

Pero, de acuerdo con ello, al imputado se le sentencia y sanciona sin que se acredite siquiera el primero de los presupuestos necesarios para la imposición de una pena, que es precisamente la "*tipicidad*"[165]. Ahora bien, el hecho de que el imputado reconozca haber intervenido en la comisión de un delito, ya sea como autor o como partícipe, no prejuzga que con ello se colmen todos los elementos del tipo penal; mucho menos se puede con ello prejuzgar sobre su *culpabilidad* o incluso de que haya actuado contrariamente al derecho. Entonces, ¿en qué se fundamenta la pena en el nuevo sistema procesal penal?

c) Con todo lo anterior, surge necesariamente la pregunta, de si el procedimiento penal tal como ha sido estructurado en el CNPP cumple con su misión fundamental de, al menos, procurar acercarse a la "verdad material", que sin duda es un derecho no sólo de los victimarios sino también de víctimas, o si ha claudicado a ella. Y todo parece indicar que ha optado por esta última, al renunciar al juicio oral, donde dicha verdad puede aflorar; es decir, el CNPP ha optado por someterse mayormente a un procedimiento regido por acuerdos o negociaciones que a un procedimiento con plenas garantías, evitando con ello el juicio y, por tanto, el debido proceso, pero no la sentencia y la pena.

---

[163] Que no es otra cosa que el "reconocimiento de que el imputado participó en la comisión del delito", que es algo muy diferente y distante de lo que tradicionalmente se llama "reconocimiento de culpabilidad"; sin embargo, en el lenguaje no técnico así se le entiende.

[164] Para nosotros, por supuesto, la sentencia puede ser condenatoria o absolutoria, ya que el sólo aceptar el imputado haber participado en la comisión del hecho de ninguna manera prejuzga sobre su culpabilidad.

[165] De ahí la gran resistencia de los prácticos de precisar en la ley los requisitos tanto para el ejercicio de la acción penal y la orden de aprehensión como para el auto de vinculación a proceso, para esclarecer los alcances de los nuevos contenidos materiales a que hacen referencia los artículos 16 y 19 constitucionales sobre esta materia.

De esta manera, uno de los objetivos centrales del proceso penal, que es la verdad material, se deja a un lado y el procedimiento penal sólo se conforma con una verdad caracterizada como "formal", que se sustenta en principio únicamente en meros "datos de prueba"; pero, con ello, y sobre todo con la llamada "justicia negociada", de ninguna manera se asegura una realización justa del derecho penal material.

* * * * * *

Prof. Dra. Margarita Roig Torres

Prof. Titular de Derecho Penal, Univ. de Valencia. Socia de la FICP.

~La «frustración de la ejecución»: el modelo alemán y la nueva regulación del Código Penal español~

Resumen.- La LO 1/2015 ha ubicado en capítulos distintos los delitos de alzamiento de bienes y las insolvencias punibles. Los primeros se regulan bajo el título «Frustración de la ejecución», junto a nuevas figuras que tutelan el proceso ejecutivo. Se sigue así la sistemática del Derecho alemán, que prevé el delito de «Frustración de una ejecución forzosa» (*Vereiteln der Zwangsvollstreckung*) en el § 288 StGB, también de modo autónomo. Pero a diferencia de este sistema, en nuestro Código penal la reforma ha introducido nuevos tipos que castigan la presentación de una relación de bienes incompleta o falaz, o la mera omisión de información patrimonial, en un procedimiento de ejecución judicial o administrativo. Además, se castiga el uso no autorizado de bienes depositados, que a diferencia del § 136 StGB no requiere la producción de un perjuicio. Estas normas plantean serias dudas desde algunos principios constitucionales, principalmente los de proporcionalidad y presunción de inocencia.

Palabras clave.- Frustración de la ejecución; alzamiento de bienes; insolvencias punibles; delitos socioeconómicos; artículo 257 CP; artículo 258 CP; *«Vereiteln der Zwangsvollstreckung»*.

Sumario.- I. Introducción. Líneas básicas de la reforma. II. El delito de frustración de la ejecución forzosa en Alemania. 1. Planteamiento. 2. «Frustración de una ejecución forzosa» (*Vereiteln Der Zwangsvollstreckung*). 3. Comparativa con la normativa española. III. La «Frustración de la ejecución» en el Código penal español. 1. Sistemática. 2. Alzamiento de bienes. a) Tipos básicos. 1) Valoración de la dualidad de tipos. El papel de la insolvencia. 2) Configuración legal. b) Conductas relativas a la responsabilidad civil. c) Tipos agravados. 3. Obstaculización del proceso ejecutivo. La presunción de inocencia y el derecho de defensa. 4. Uso de bienes embargados sin autorización. 5. Responsabilidad de las personas jurídicas. 6. Conclusiones. IV. Bibliografía citada.

I. INTRODUCCIÓN. LÍNEAS BÁSICAS DE LA REFORMA

La LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código penal, introduce modificaciones sustanciales en los delitos de alzamiento de bienes. Formalmente, acaba con la ubicación clásica de estos tipos junto a las insolvencias punibles bajo un mismo epígrafe, que se había mantenido desde su creación en el Código penal de 1948[1]. Además, se realizan cambios en su articulado y se incorporan nuevas figuras delictivas.

El Capítulo VII del Título XIII del Libro II, pasa a denominarse «Frustración de la ejecución» y, a continuación, el Capítulo VII bis lleva por título «De las insolvencias punibles». Dentro del primero el artículo 257 CP se dedica al alzamiento de bienes y se añaden los artículos 258 y 258 bis CP. En estos nuevos preceptos se regulan conductas obstructivas del proceso de ejecución, consistentes bien en presentar una declaración de bienes o patrimonio incompleta o mendaz, dilatando, dificultando o impidiendo la satisfacción del acreedor, o bien en no facilitar la relación patrimonial requerida.

[1] Artículo 432: "*El que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, será castigado: 1º Con la pena de presidio mayor, si fuera persona dedicada habitualmente al comercio. 2º Con la de presidio menor si no lo fuere*".

Además, se sanciona al que hace uso de bienes embargados constituidos en depósito sin autorización. Finalmente, en el artículo 258 ter CP se regula la responsabilidad de las personas jurídicas.

De esta forma, se tutelan los derechos de los acreedores desde una fase previa al inicio de la ejecución, pero además se refuerzan las garantías del propio proceso ejecutivo, procurando que no quede ningún resquicio de impunidad respecto a las conductas fraudulentas del deudor tendentes a eludir el pago, e incluso se tratan de evitar los perjuicios para los destinatarios que podrían derivar de la utilización no consentida de los objetos.

Por lo tanto, el nuevo Capítulo VII aglutina un grupo de figuras orientadas a asegurar la efectividad del crédito de los acreedores. Sin embargo, bajo esa rúbrica, «Frustración de la ejecución», se recogen conductas que simplemente suponen una obstaculización del proceso judicial o administrativo de ejecución, o que ni siquiera requieren la iniciación de estos procedimientos. De manera que sólo en un sentido lato se puede hablar de "*frustración*" de la ejecución, como el fin último que pretende impedirse a través de estos ilícitos. Por eso, durante la tramitación parlamentaria se presentaron varias enmiendas proponiendo sustituir ese encabezamiento por «Delitos de alzamiento de bienes»[2]. También el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto censuró esa denominación sugiriendo en su lugar "*Delitos contra el derecho de crédito*"[3].

En la Exposición de Motivos de la ley se justifica del siguiente modo la división en dos capítulos distintos:

> "Se lleva a cabo una revisión técnica de los delitos de insolvencia punible que parte de la necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota".

Como se ve, el legislador habla también de "*obstaculización*", y habría sido conveniente que esta expresión se mantuviese en el título del Capítulo VII, en la medida

[2] Enmienda nº 704 del Grupo Parlamentario Socialista. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X Legislatura, 10 de diciembre de 2014, nº 66-2, p. 457. Enmienda nº 220 del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC), y Enmienda nº 642 del Grupo Parlamentario Socialista (GPS). Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, X Legislatura, 23 de febrero de 2015, nº 475, p. 212.

[3] Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 16 de enero de 2013, pp. 204 y 205.

en que no se requiere que el deudor consiga eludir el pago para completar el injusto[4]. De hecho los órganos judiciales suelen aludir a la "*obstaculización o frustración de la ejecución*" para designar los delitos regulados en esta sede[5].

En nuestra doctrina algunos autores han criticado esa separación entre ambas categorías delictivas, subrayando que la insolvencia actúa como denominador común[6], mientras otro sector pone el acento en los elementos diferenciales, destacando el papel que juega la infracción del deber de diligencia en las insolvencias punibles[7]. En todo caso se subraya que es el modelo seguido en el Derecho alemán[8].

---

[4] Muñoz Cuesta sugiere que habría sido más adecuado llamar a este capítulo, "Obstaculización de la ejecución". MUÑOZ CUESTA, J.: Frustración de la ejecución: una nueva forma de protección del acreedor, en Revista Aranzadi Doctrinal, nº 9, 2015, p. 2, <https://www.westlawinsignis.es/maf/app/document?srguid=i0ad6007a000001539e33aead680f9257&marginal=BIB\2015\4746&docguid=Iff683d7060ca11e58f0d010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=2&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=> [Consulta: 21 marzo 2016].

[5] Pueden verse, la SAP de Madrid 580/2015, de 10 de septiembre (F.J.1), SAP de Asturias 384/2015, de 28 de septiembre (F.J.2), y AJ Instrucción de Zaragoza de 29 de octubre de 2015 (F.J.27).

[6] Esquinas Valverde señala que a su juicio, "*sin embargo, al contrario de lo que se indica en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, esta modificación no resulta ni necesaria ni conveniente. El delito de alzamiento exige -como el de concurso punible- que el deudor cree o empeore una situación de insolvencia real, o que finja una ficticia, mientras que el delito de concurso punible implica como elemento del tipo -al igual que el alzamiento- una obstaculización o frustración de la ejecución de las deudas en perjuicio de algunos o todos los acreedores*". ESQUINAS VALVERDE, P.: La nueva regulación de los delitos de alzamiento de bienes en el Anteproyecto de Código Penal de 2012/2013, en La Ley penal, nº 5, 2013, p. 2, < http://www.smarteca.es/Reader/Reader/Home> [Consulta: 21 marzo 2016]. También entienden que el cambio de título es perturbador, puesto que los tipos penales siguen teniendo como elemento aglutinador la insolvencia, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VVAA: Derecho penal. Parte especial, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 436; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico y de la empresa, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 46; y, SOUTO GARCÍA, E.M.: Frustración de la ejecución e insolvencias punibles (arts. 257 y ss), en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.): Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 788.

[7] Explica Muñoz Cuesta que en la frustración no existe una situación de insolvencia, pero el autor actúa de manera intencional para frustrar los créditos de los acreedores. En las insolvencias se sanciona la infracción de deberes de diligencia en la gestión. El autor está ya en situación de insolvencia o infringe el deber de diligencia produciendo la insolvencia. MUÑOZ CUESTA, J.: Frustración de la ejecución…, p. 2. Véase, también, MUÑOZ CUESTA, J./RUÍZ DE ERENCHUN, E.: Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 163.

[8] "*En verdad, también la frustración de la ejecución es un delito de insolvencia, dado que estos no presuponen en modo alguno una insolvencia real, sino, por regla, una apariencia de insolvencia. En este punto el Proyecto ha seguido la sistemática del Código penal alemán (§ 288) y la del Código penal austriaco (§ 163), precisamente en un punto en el que éste no parece estar acertado, dado que el bien jurídico protegido por los delitos de insolvencia y por la frustración de la ejecución…, apenas se diferencian: ambos delitos protegen los intereses de los acreedores a la satisfacción de sus créditos contra el deudor. La cuestión no debería tener trascendencia práctica, pero, la agrupación de ambos tipos penales dentro de un mismo apartado sería preferible desde el punto de vista sistemático y evitaría plantear la cuestión, de relevancia hermenéutica, de si la frustración de la ejecución podría responder a un bien jurídico diferente de los delitos de insolvencia*". BACIGALUPO, E.: Insolvencia y delito en el Proyecto de Reformas del Código Penal de 2013, en Diario La Ley, nº 8303, 2014, pp. 1 y 2, < http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin60/Articulos_60/Bacigalupo.pdf> [Consulta: 14 marzo 2016]. También, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VVAA: Derecho penal…, p. 436.

En realidad, como expresa el legislador en la Exposición de Motivos de la ley de reforma, "*las nuevas figuras delictivas llamadas a completar la tutela penal de los procedimientos de ejecución y, con ello, del crédito, son habituales en el Derecho comparado*". En este sentido, se advierte el influjo del Derecho alemán, y en concreto del § 288 StGB que regula la "*Frustración de una ejecución forzosa*" (*Vereiteln der Zwangsvollstreckung*). Pero en esta norma se precisa que el autor enajene o esconda una parte de su patrimonio para impedir la ejecución de una resolución y con la intención de obstaculizar la satisfacción del acreedor. La acción se desarrolla ante la inminencia de un proceso de ejecución y se materializa en un acto de disposición u ocultación, sin requerir no obstante la creación de insolvencia. En cambio, no se contemplan actuaciones menores como las que recoge el nuevo artículo 258 CP. La conexión entre la maniobra del deudor y el eventual impago de sus créditos es más patente que en nuestra regulación y se compadece mejor con la denominación legal en tanto las conductas se dirigen a hacer inviable la ejecución.

De todas formas, el deslinde efectuado respecto a las insolvencias punibles abre un interrogante acerca de la necesidad de la insolvencia, tradicionalmente considerada un elemento esencial en todos los delitos que se agrupaban bajo ese epígrafe. La supresión de su mención expresa en el rótulo del Capítulo VII, así como en su articulado, y en concreto en el artículo 257.2 CP (anterior art. 258) suscita la duda de si sigue siendo imprescindible en todos los tipos de alzamiento de bienes. Precisamente se advierte una tendencia judicial cada vez más flexible en cuanto a la interpretación de este requisito. Actualmente, prevalece la postura consistente en apreciar el alzamiento de bienes aunque el acreedor cuente todavía con recursos o acciones judiciales para intentar dejar sin efecto una disposición patrimonial realizada con finalidad elusiva. Lo determinante, según algunas sentencias recientes, es que esa maniobra constituya un obstáculo que dilate o dificulte la posibilidad de cobrar la deuda[9]. De todas formas, como se verá estas resoluciones no distan esencialmente de las que han venido requiriendo la insolvencia al menos ficticia.

En este punto quiero anticipar que la pena prevista en el § 288 StGB es muy inferior a la señalada en el artículo 257 CP y que esta sanción se ha mantenido en la LO 1/2015, con algunos cambios en los tipos agravados que llevan a incrementar todavía

[9] Como se verá, algunos autores han mantenido que basta la obstaculización, sin precisar la insolvencia real o aparente.

más la penalidad en ciertas circunstancias. De ahí que la exigencia de insolvencia, real o aparente, resulte más justificada en nuestro ordenamiento.

Por otra parte, la nueva configuración del Capítulo VII hace resurgir la cuestión del bien jurídico protegido, tradicionalmente limitada a dos posturas que discrepaban en torno a sí, además del derecho de crédito debe considerarse tutelado un valor supraindividual concerniente al buen funcionamiento del mercado financiero. Con la incorporación de las figuras del artículo 258 CP relativas al procedimiento de ejecución, una de impronta falsaria y otra puramente omisiva, resulta necesario reconsiderar el objeto formal de estos tipos. En principio, parece que con ellos se quiere salvaguardar el proceso ejecutivo, sin perjuicio de que mediatamente se preserve el derecho de crédito de los acreedores. En este sentido, era ilustrativo el Informe del Ministro de Justicia sobre el Anteproyecto de reforma del Código penal:

> "El Código penal busca una eficaz persecución de los delitos de bancarrota y una adecuada protección de los procedimientos judiciales y administrativos de ejecución. Para ello se procede a la tipificación de las conductas de obstaculización de la ejecución y ocultación de bienes. De esta forma, se agilizará, aumentará y dotará de mayor efectividad a la ejecución, lo que reforzará la protección de los acreedores"[10].

También la Exposición de Motivos de la ley apunta ese objetivo:

> "Se incluyen, junto al alzamiento de bienes, dos nuevas figuras delictivas que están llamadas a completar la tutela penal de los procedimientos de ejecución y, con ello, del crédito"[11].

Por eso, el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto apuntaba que "*su ubicación correcta debería ser entre los delitos contra la Administración de justicia*"[12].

[10] <http//www.lamoncloa.gob.es> [Consulta: 17 marzo 2016].

[11] Durante la tramitación parlamentaria Del Rosal Blasco justificaba la separación entre los dos capítulos: "*entiendo que hay que elogiar la reforma de los delitos de insolvencia porque seguramente va a contribuir a reforzar las expectativas de cobro de los deudores, dota de mayor seguridad jurídica al mercado y puede resolver algunos de los problemas económicos endémicos de los últimos tiempos. A tal fin parece acertado diferenciar, por una parte, las conductas de obstaculización o de frustración de un procedimiento ejecutivo en el capítulo denominado frustración de la ejecución, y por otra, las conductas de insolvencia punible o bancarrota, recogidas en el capítulo de las insolvencias punibles. Tampoco merece reproche la regulación explícita de algunas conductas que ahora se pueden reconducir a tipos genéricos aunque con muchos problemas, como presentar relaciones de bienes o patrimonios incompletas o mendaces, con lo que se dilata, dificulta o impide la satisfacción del deudor o no presentar dicha relación de bienes o hacer uso de los bienes embargados, etcétera*". Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Año 2014, X Legislatura, nº 503, Sesión nº 25, celebrada el 18 de febrero de 2014.

[12] 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, de 20 de diciembre de 2012, p. 244.

También el Consejo de Estado indicaba que *"convendría valorar su regulación en este apartado, y más concretamente entre los relativos a la obstrucción a la Justicia"*[13].

Es evidente que la perspectiva del objeto de tutela adquiere una dimensión novedosa que va más allá de la vertiente patrimonial y alcanza al propio procedimiento de ejecución, aunque el punto de mira siga residiendo en los intereses crediticios. En estas disposiciones se hace valer la potestad de ejecución tanto de la Administración como de los órganos judiciales, y se criminaliza el incumplimiento por parte del deudor del requerimiento efectuado por esas autoridades para que aporte información acerca de sus bienes.

El problema que plantean estos delitos es que en el ámbito administrativo no existe una normativa paralela a la legislación procesal que prevea el deber del deudor de contribuir a la ejecución de sus propios bienes, o como dice nuestra doctrina, de colaborar con la Administración. Por lo tanto, cabe cuestionar la adecuación y necesidad de estos tipos.

En efecto, si como se advierte en la práctica se hace un uso escaso de las normas procesales que permiten al órgano judicial requerir al demandado para que aporte datos sobre su patrimonio, apercibiéndole incluso sobre la posibilidad de incurrir en un delito de desobediencia (art. 589 LEC), no parece razonable prescindir de esta vía legal y elevar directamente la omisión a la categoría de delito. Por el contrario, deben agotarse antes los mecanismos no penales de acuerdo con la regla básica de la subsidiariedad que emana del principio de proporcionalidad[14]. Pero las objeciones son mayores desde esta perspectiva cuando ni siquiera se han arbitrado medidas para procurar la cooperación del deudor con la Administración, creando directamente un nuevo delito.

Todo ello explica que estas disposiciones hayan sido aplaudidas en algunos sectores profesionales, especialmente por los letrados que se ocupan de lidiar con este tipo de reclamaciones económicas, ante la escasa aplicación de aquella norma procesal. Por el contrario, en la doctrina penal los autores que se han ocupado de este tema generalmente mantienen una posición crítica respecto a esas normas.

---

[13] Dictamen del Consejo de Estado 358/2013, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, de 27 de junio de 2013.

[14] Puede verse la fundamentación aducida por el Ministerio de justicia sobre la revisión de las insolvencias punibles desde "*el absoluto respeto del principio de intervención mínima*", en «Palabras del Ministro de Justicia en la Jornada sobre la reforma del Código penal organizada por Iuris Law Institute», Madrid 3 de julio de 2014, <www.mjusticiagob.es> [Consulta: 17 febrero 2016].

II. EL DELITO DE FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN FORZOSA EN ALEMANIA

1. Planteamiento

El Código penal alemán ha regulado siempre por separado la «Insolvencia punible» (*Insolvenzstraftaten*) y la «Frustración de una ejecución forzosa» (*Vereiteln der Zwangsvollstreckung*). El primer epígrafe encabeza el Título 24 y abarca el delito de bancarrota (§ 283 y 283a StGB), la infracción de la obligación de llevar contabilidad (§ 283 b StGB), el favorecimiento de acreedores (§ 283 c StGB), y el favorecimiento de deudores (§ 283 d StGB).

En el delito de bancarrota se sanciona también a quien esconde u oculta elementos de su patrimonio que en caso de apertura de un procedimiento concursal pertenecerían a la masa. Sin embargo, como presupuesto común a todos los tipos se requiere que el autor se encuentre en suspensión de pagos o que la conducta se realice en el marco de un proceso concursal[15].

---

[15] § 283 StGB: Bancarrota (*Bankrott*):

1.- Se impondrá pena de prisión de hasta cinco años o multa a quien, en caso de sobreendeudamiento o en caso de insolvencia, ya producida o inminente, realice estas conductas:

1º esconda u oculte elementos de su patrimonio que en caso de apertura de un procedimiento concursal pertenecerían a la masa, o bien los destruya, dañe o inutilice, usándolos de manera contraria a las exigencias de una economía ordenada;

2º realice negocios ruinosos o especulativos u operaciones de desventaja con bienes o valores, de manera contraria a las exigencias de una economía ordenada o llegue a deber sumas excesivas por medio de gastos antieconómicos, juegos o apuestas;

3º consiga a crédito mercancías o títulos valores, para vender o ceder las mercancías o las cosas fabricadas con ellas muy por debajo del valor en forma contraria a las exigencias de una economía ordenada;

4º simule derechos de otro o reconozca derechos imaginarios;

5º omita llevar libros de comercio, que esté obligado a llevar legalmente, o los lleve o cambie de tal manera que se dificulte la visión de conjunto sobre su Estado patrimonial;

6º esconda, destruya o dañe, sin cumplirse el periodo de conservación obligatorio, los libros de comercio u otros documentos que un comerciante esté obligado a llevar según el Derecho comercial, y con ello dificulte la visión de conjunto sobre su Estado patrimonial;

7º infrinja el Derecho mercantil del siguiente modo:

a. altere balances de forma que dificulte conocer su posición patrimonial, o

b. no elabore el balance de su patrimonio o deje de hacer el inventario en plazo, o

8º de otra manera, en forma contraria a las exigencias de una economía ordenada, reduzca su situación financiera u oculte o disimule su situación mercantil real.

2. De la misma manera será castigado quien, por medio de las acciones descritas en el apartado 1, provoque su endeudamiento excesivo o su incapacidad de pago.

3. La tentativa es punible.

4. Se impondrá pena de prisión de hasta dos años o de multa a quien:

1º en caso del apartado 1º no conoció, por imprudencia, el endeudamiento excesivo o la situación de insolvencia, ya producida o inminente;

2º en caso del apartado 2º cause por imprudencia el endeudamiento excesivo.

5. Se impondrá pena de prisión de hasta dos años o de multa a quien:

A continuación, el Título 25 se consagra a las «Actuaciones en beneficio propio punibles» (*Strafbarer Eigennutz*). Tras las leyes de reforma contra la corrupción de 13 de agosto de 1997 y de 26 de enero de 1988[16], abarca un cúmulo de delitos que tutelan bienes jurídicos distintos y que, como apuntan SCHUSTER Y HECKER, el único elemento que tienen en común es que no son inscribibles en otros títulos[17]. Se prevén figuras tan heterogéneas como la «Organización no autorizada de un juego de azar» (§ 284 StGB), «Participación en un juego de azar no autorizado» (§ 285 StGB), «Pena patrimonial, comiso ampliado y confiscación» (§ 286 StGB), «Organización no autorizada de una lotería o una rifa» (§ 287 StGB), «Sustracción de una cosa dada en prenda» (§ 289 StGB), «Utilización no autorizada de cosa dada en prenda» (§ 290 StGB), «Usura» (§ 291 StGB), «Caza furtiva» (§ 292 StGB). Y entre estos preceptos el § 288 StGB regula la «Frustración de una ejecución forzosa».

Esta autonomía respecto a las conductas de insolvencia punible se explica por la distinta fisionomía que este delito reviste en el ordenamiento germano, puesto que consiste en tratar de evitar el pago de un acreedor concreto, a diferencia del delito de bancarrota y las demás modalidades de insolvencia que protegen a la generalidad de los acreedores[18]. Esta configuración, a su vez determina que su objeto de tutela sea un bien particular y no otros intereses relacionados con el proceso ejecutivo[19]. Asimismo, esta relación estrecha entre la maniobra del autor y la reclamación patrimonial puede ser el motivo de la escasa aplicación de este delito[20], puesto que el deudor ha de tratar de eludir el pago de un crédito concreto cuando la ejecución es inminente, con lo que se

---

1º en caso del apartado 1º, nº 2, 5 o 7, actúa culposamente y por lo menos no conozca por descuido el endeudamiento excesivo o la incapacidad de pago, real o inminente, o

2º en caso del apartado 2º, en conexión con los número 2, 5 o 7 del apartado 1º, actúa con imprudencia al provocar el endeudamiento excesivo o la incapacidad de pago.

6. *El hecho sólo es punible cuando el autor haya suspendido sus pagos o cuando se haya abierto el proceso de concurso o la solicitud de apertura haya sido rechazada por falta de masa.*

[16] Pueden verse los cambios realizados en este Título en, FISCHER, T.: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, C.H. Beck, München, 2012, p. 2085.

[17] SCHUSTER, H./HECKER, H., en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H.: Strafgesetzbuch Kommentar, 29 Auflage, C.H. Beck, München, 2014, p. 2777.

[18] KINDHÄUSER, U./NEUMANN, U./PAEFFGEN, H.U.: Strafgesetzbuch, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 4ª Auflage, 2013, p. 1173.

[19] SCHUSTER, H./HECKER, H., en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H.: Strafgesetzbuch…, p. 2793.

[20] Según las estadísticas consultadas, los §§ 288 y 289 sólo han supuesto en los últimos años alrededor de 100 condenas. De ellas, sólo en un 10 % se han impuesto penas privativas de libertad. MAIER, S., en ROLAND HEFENDEHL, R./HOHMANN, O.: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5, C.H. Beck, 2ª Auflage, München, 2014, p. 1079. Véase, también, KINDHÄUSER, U./NEUMANN, U./PAEFFGEN, H.U.: Strafgesetzbuch, p. 1173; y, KUDLICH, H., en SATZGER, H./SCHMITT, B./WIDMAIER, G.: Strafgesetzbuch Kommentar, 1ª Auflage, Carl Heymanns, 2009, p. 1930.

facilita la prueba de su intencionalidad fraudulenta y ha de asumir un alto riesgo para realizar el tipo.

Hay que decir que el § 288 StGB recoge una norma taxativa, con una conducta única, que en general no plantea problemas interpretativos, lo que ha hecho que la doctrina y la jurisprudencia mantengan una postura unánime en cuanto a los elementos del delito. Únicamente hay alguna discordancia en lo que atañe al aspecto subjetivo, en tanto se requiere una intencionalidad concreta que en nuestro sistema podríamos catalogar como elemento subjetivo del tipo y que algunos autores estiman conciliable con el dolo eventual.

Por otra parte, junto a estas normas el § 136 StGB penaliza la «Destrucción de objetos incautados o sellados»:

> 1.- El que destruya, dañe o se deshaga, enteramente o en parte, de un objeto que posea en depósito judicial o tenga de otra manera bajo decomiso oficial, será castigado con pena de prisión no superior a un año o multa.
>
> 2.- Incurre en la misma pena el que dañe, reemplace o desfigure el sello oficial aplicado para incautarse de objetos

Esta norma guarda relación con el nuevo artículo 258 bis CP, inscrito en el Capítulo VII -«Frustración de la ejecución»-, aunque aquí se sanciona el mero uso no autorizado por el depositario, justamente para evitar que resulte dañado. Se adelanta, pues, la barrera de protección respecto a la disposición germana, aunque esta menor lesividad no se traduce en una diferencia sustancial en cuanto a la pena.

2. «Frustración de una ejecución forzosa» (*Vereiteln der Zwangsvollstreckung*)

§ 288 StGB. «Frustración de una ejecución forzosa»

> 1. Quien, para impedir una inminente ejecución forzosa, movido por la intención de obstaculizar la satisfacción del acreedor, enajene o esconda parte de su patrimonio, será castigado con pena privativa de libertad no superior a dos años o con multa.
>
> 2. El delito sólo puede ser perseguido si hay denuncia previa.

Esta norma fue incorporada al Código penal sajón de 1868 y su redacción actual deriva de una disposición de 1912, que recogió las exigencias del Tribunal Imperial[21].

La doctrina mayoritaria y la jurisprudencia coinciden en que se tutela el derecho material del acreedor particular a ver satisfecho su crédito con el patrimonio del

[21] MAIER, S., en HEFENDEHL, R./HOHMANN, O.: Münchener Kommentar…, p. 1079.

deudor[22], rechazando que se proteja la ejecución forzosa como tal[23]. Por lo tanto, es esencialmente distinto del alzamiento de bienes regulado en el artículo 257.1.1º CP, que tiene por objeto salvaguardar a la totalidad de los acreedores y no requiere que haya un proceso de ejecución inminente, siendo suficiente la existencia de un crédito cuyo vencimiento esté próximo. En cambio, guarda similitud con el artículo 257.1.2º CP, que sanciona a quien con el mismo fin del apartado anterior realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación. Pero, la simplicidad del § 288 StGB contrasta con la formulación farragosa del artículo 257.1.2º CP, donde la abundancia de términos hace especialmente difícil el deslinde de las conductas.

El aspecto nuclear en esta disposición consiste en precisar cuándo se entiende que la ejecución forzosa es inminente, puesto que no es necesario que se haya iniciado. El Tribunal Supremo ha manifestado que concurrirá este presupuesto desde el momento en que se haga evidente que el acreedor quiere realizar una pretensión justa contra el deudor y acudirá, de ser necesario, a la ejecución forzosa[24]. Desde un punto de vista objetivo el deudor puede suponer, pues, que el acreedor tiene la voluntad firme de ejercer inmediatamente su pretensión por medios coactivos[25]. Esto no significa que el acreedor haya dirigido ya su voluntad a iniciar, a toda costa, una ejecución forzosa, pero tampoco bastará con que se haya representado esa medida como un mero "*tiro al aire*"[26]. A partir de esta jurisprudencia, dice KUDLICH, hay que concluir que es imprescindible, bien el inicio de los trámites de ejecución, o que el acreedor cuente al menos con un título ejecutivo[27]. No se realiza el tipo cuando el autor trata de evitar la

[22] (BGHSt 16, 330 (334); BGH NJW 1991, m 2420). KINDHÄUSER, U.: Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 5ª Auflage, 2013, p. 1178; y, KUDLICH, H., en SATZGER, H./SCHMITT, B./WIDMAIER, G.: Strafgesetzbuch…, p. 1930. En igual dirección, FISCHER, T.: Strafgesetzbuch…, p. 2100; MAIER, S., en HEFENDEHL, R./HOHMANN, O.: Münchener Kommentar…, p. 1078; y, SCHUSTER, H./HECKER, H., en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H.: Strafgesetzbuch …, p. 2793.

[23] WINARZKI, M.: Vollstreckungsvereitelung: Das müssen Sie wissen, Revista del IWW Institut (Institut für Wissen in der Wirtschaft), nº 5, 2006, p. 86, <http://www.iww.de/ve/archiv/schuldnerstrategien-durchkreuzen-vollstreckungsvereitelung-das-muessen-sie-wissen-f32652> [Consulta: 8 febrero 2016].

[24] (RGSt 24, 239). WINARZKI, M.: Vollstreckungsvereitelung…, p. 86.

[25] (BGH MDR/H 77). SCHUSTER, H./HECKER, H., en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H.: Strafgesetzbuch…, p. 2795. Véase, también, FISCHER, T.: Strafgesetzbuch…, p. 2101; KINDHÄUSER, U.: Strafgesetzbuch…, p. 1179; y, KUDLICH, H., en SATZGER, H./SCHMITT, B./WIDMAIER, G.: Strafgesetzbuch…, p. 1930.

[26] KUDLICH, H., en SATZGER, H./SCHMITT, B./WIDMAIER, G.: Strafgesetzbuch…, p. 1930; y, SCHUSTER, H./HECKER, H., EN SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H.: Strafgesetzbuch…, p. 2795.

[27] KUDLICH, H., en SATZGER, H./SCHMITT, B./WIDMAIER, G.: Strafgesetzbuch…, p. 1930.

satisfacción de un crédito pendiente de vencer en el futuro[28]. Por ejemplo, dicen SCHUSTER y HECKER que esta condición legal se colma cuando el acreedor amenaza al deudor con presentarle una demanda a fin de persuadirle para que satisfaga su deuda voluntariamente[29].

En consecuencia, la primera premisa es la existencia de una pretensión patrimonial actual, sin que baste que se espere en el futuro. Por consiguiente, el § 288 StGB no es aplicable si el derecho no es ejecutable, es decir, si no cabe esgrimirlo ante un órgano competente para acordar la ejecución forzosa, o si el derecho es nulo o el título sólo era ejecutable dentro de un plazo y el término ha expirado[30].

Esta es la diferencia fundamental con el delito de alzamiento de bienes previsto en nuestro Derecho, donde se sanciona la actuación maliciosa del deudor en un momento previo al vencimiento de sus créditos, con miras a proteger no al titular de un derecho realizable sino a todos los acreedores.

Sin embargo, al igual que en el Código penal español, la ejecución puede competer a un órgano administrativo o judicial, y el crédito puede ser de naturaleza pública o privada[31]. Pero se excluyen las prestaciones económicas en favor del Estado en el ejercicio de su potestad de coacción, como la pena de multa, un impuesto, o alguna de las medidas del artículo 11.1º, nº 8 StGB[32]. Este punto es más debatido en nuestro sistema, sobre todo en lo que hace a la multa, por cuanto se prevé expresamente el alzamiento para eludir obligaciones económicas derivadas de un delito contra la Hacienda Pública, por lo que no cabe duda de que la elusión de tributos encaja en el tipo.

Asimismo, es un delito especial propio que sólo puede cometer el deudor contra quien se dirige la ejecución, que puede ser una persona jurídica. No obstante, es controvertido el tratamiento que debe darse al tercero que ejecuta la acción por petición

---

[28] ODEBRALSKI, N.: Vereiteln der Zwangsvollstreckung, 23 de diciembre de 2011, <http//www.anwalt.de/rechtstipps> [Consulta: 17 febrero 2016].

[29] SCHUSTER, H./HECKER, H., en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H.: Strafgesetzbuch…, p. 2795.

[30] FISCHER, T.: Strafgesetzbuch…, p. 2100; KUDLICH, H., en SATZGER, H./SCHMITT, B./WIDMAIER, G.: Strafgesetzbuch…, p. 1930; MAIER, S., en HEFENDEHL, R./HOHMANN, O.: Münchener Kommentar…, p. 1080; ODEBRALSKI, N.: Vereiteln…, <http//www.anwalt.de/rechtstipps> [Consulta: 17 febrero 2016]; y, SCHUSTER, H./HECKER, H., en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H.: Strafgesetzbuch…, p. 2794.

[31] FISCHER, T.: Strafgesetzbuch…, p. 2101; KUDLICH, H., en SATZGER, H./SCHMITT, B./WIDMAIER, G.: Strafgesetzbuch…, p. 1930; y, SCHUSTER, H./HECKER, H., en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H.: Strafgesetzbuch…, p. 2794;

[32] KUDLICH, H., en SATZGER, H./SCHMITT, B./WIDMAIER, G.: Strafgesetzbuch…, p. 1930; y, SCHUSTER, H./HECKER, H., en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H.: Strafgesetzbuch…, p. 2794.

del deudor[33]. En este caso, se aplican las reglas de la autoría mediata que pueden llevar a sancionar al "*hombre de atrás*", si por ejemplo utiliza a un testaferro para ocultar la verdadera titularidad de los bienes[34].

La conducta consiste en enajenar o esconder[35] una parte del patrimonio[36], por lo tanto, no se requiere la creación de una situación de insolvencia, ni que se vea afectado el proceso ejecutivo[37]. De esta forma, se concibe como un delito de peligro abstracto y de resultado cortado, constituido por la ocultación o enajenación de una parte del patrimonio, sin que haga falta que finalmente se frustre la ejecución[38]. Por el contrario, en el artículo 257.1.2º CP sí se exige que la conducta repercuta en la ejecución iniciada o previsible.

El aspecto más espinoso de esta norma es el que atañe al elemento subjetivo. El tipo requiere expresamente que el autor actúe "*movido por la intención de obstaculizar la satisfacción del acreedor*". A partir de esta exigencia, algunos autores deducen la necesidad de dolo directo. En este sentido, dice Fischer que "*el autor debe moverse por la intención de frustrar la satisfacción del acreedor*". También SCHUSTER y HECKER afirman que ese móvil "*supone un dolo directo, que excluye el eventual o condicionado, si bien basta que el autor prevea como consecuencia segura de su conducta un perjuicio para el acreedor*". Por lo tanto, admiten el llamado dolo directo de consecuencias necesarias, de modo que a su juicio el tipo se realiza tanto si el deudor actúa con la finalidad directa de dificultar el cobro como si acepta un perjuicio efectivo,

[33] Apunta que se ha admitido como defensa la no realización por parte del tercero de actos de frustración, ODEBRALSKI, N.: Vereiteln…, <http//www.anwalt.de/rechtstipps> [Consulta: 17 febrero 2016].

[34] KINDHÄUSER, U.: Strafgesetzbuch…, p. 1178; KUDLICH, H., en SATZGER, H./SCHMITT, B./WIDMAIER, G.: Strafgesetzbuch…, p. 1930; MAIER, S., en HEFENDEHL, R./HOHMANN, O.: Münchener Kommentar…, p. 1091; y, WINARZKI, M.: Vollstreckungsvereitelung…, p. 86.

[35] La enajenación comprende cualquier acción jurídica, a través de la cual sale del patrimonio del deudor un valor patrimonial que estaba sujeto a una ejecución a favor del acreedor. Se incluye la constitución de una hipoteca, de un derecho de prenda sobre un mueble o de una servidumbre, e incluso el abandono de cosas. Ahora bien, no abarca la venta sin trasmisión de la cosa, ni su mero arrendamiento o préstamo, puesto que en estos supuestos cabe la posibilidad de reclamar su restitución. La ocultación se refiere a la desaparición de hecho. FISCHER, T.: Strafgesetzbuch…, p. 2100.

[36] Por patrimonio se entienden todos los bienes que pueden ser sometidos a ejecución forzosa de acuerdo con la legislación procesal. FISCHER, T.: Strafgesetzbuch…, p. 2100; ODEBRALSKI, N.: Vereiteln…, <http//www.anwalt.de/rechtstipps> [Consulta: 17 febrero 2016]; y, WINARZKI, M.: Vollstreckungsvereitelung…, p. 86.

[37] SCHUSTER, H./HECKER, H., en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H.: Strafgesetzbuch…, p. 2796.

[38] KUDLICH, H., en SATZGER, H./SCHMITT, B./WIDMAIER, G.: Strafgesetzbuch…, p. 1930; y, SCHUSTER, H./HECKER, H., en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H.: Strafgesetzbuch…, p. 2793.

aunque no sea éste el fin de su acción[39]. Cabe pensar en aquellos supuestos en que dispone de un bien sabiendo que de esta forma el acreedor no podrá cobrar su deuda. Otro sector admite cualquier clase de dolo. Según KUDLICH se precisa como mínimo dolo eventual (*bedingter Vorsatz*), que debe abarcar el conocimiento de la existencia de una pretensión con fundamento jurídico material. De forma similar indican HEFENDEHL y HOHMANN que "*es necesario al menos un dolo eventual, en cuanto a la conducta, de modo que se abarque el conocimiento de que es inminente una ejecución forzosa y existe un elemento patrimonial sometido a esa ejecución. De manera que el autor debe saber que tiene una deuda pendiente de ser ejecutada con carácter inminente*"[40]. Desde este prisma basta que el deudor asuma que con el acto de disposición puede impedir el pago. Es posible, por ejemplo, que pese a enajenar una parte de sus bienes cuente con tener otros con los que hacer frente al crédito llegado el momento, asumiendo sin embargo que es probable que esto no suceda.

La consumación del delito se produce cuando tiene lugar la ocultación o la enajenación, con independencia de que la satisfacción del acreedor realmente se frustre[41]. Finalmente, es un delito privado que requiere denuncia para ser perseguido[42].

3. Comparativa con la normativa española

En el Código alemán el Título 24 se dedica a la «Insolvencia punible», que abarca diversas figuras dirigidas a proteger a una masa de acreedores, cuando el autor se encuentra en suspensión de pagos o sujeto a un proceso concursal. En cambio, el delito de «Frustración de una ejecución forzosa» se encuadra en el Título 25 junto a un grupo de ilícitos dispares que carecen de homogeneidad en cuando al objeto de tutela. Esta disociación responde a una diferencia esencial respecto a nuestro Derecho: el delito de frustración de una ejecución forzosa tutela a un acreedor individual, mientras que los delitos de insolvencia punible protegen en todo caso a un conjunto de acreedores. No existe dentro del Título 25 una figura parecida al alzamiento de bienes clásico del artículo 257.1.1º CP, que ampare a los acreedores en general fuera del ámbito concursal. Además, en el § 288 StGB se recoge una situación muy particular, en la que el deudor trata de obstaculizar el pago cuando la ejecución ya es inminente.

---

[39] SCHUSTER, H./HECKER, H., en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H.: Strafgesetzbuch…, p. 2796. De esta opinión, WINARZKI, M.: Vollstreckungsvereitelung…, p. 86.

[40] HEFENDEHL, R./HOHMANN, O.: Münchener Kommentar…, p. 1088.

[41] SCHUSTER, H./HECKER, H., en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H.: Strafgesetzbuch…, p. 2796.

[42] Al respecto, HEFENDEHL, R./HOHMANN, O.: Münchener Kommentar …, p. 1093.

Pues bien, en nuestro texto punitivo tras la LO 1/2015 se tipifican bajo la rúbrica «Frustración de la ejecución» tanto aquel alzamiento básico orientado a los acreedores, y que puede realizarse incluso antes de vencer las deudas, como otras figuras pensadas para garantizar créditos concretos sujetos a un proceso de ejecución ya iniciado o previsible, e incluso para tutelar el propio procedimiento ejecutivo. Precisamente, la incorporación de estos últimos delitos ha llevado al legislador a regular todas esas figuras en un capítulo distinto del «De las insolvencias punibles», siguiendo el estándar alemán. Por lo tanto, conviene analizar si esta sistemática novedosa es adecuada y, fundamentalmente, si la interpretación acostumbrada de los delitos de alzamiento de bienes puede mantenerse a la luz de ese cambio de ordenación y de la creación de nuevos tipos, además de examinar estos ilícitos.

En lo que hace a los delitos concretos, el de «Frustración de una ejecución forzosa» del § 288 StGB guarda semejanza tan solo con las conductas recogidas en el artículo 257.1.2º CP y con las más específicas del artículo 257.2 CP. Ni el alzamiento de bienes contemplado en el artículo 257.1.1º CP, ni las figuras del artículo 258 CP encuentran reflejo en el texto alemán. No obstante, el artículo 258 bis CP está en la línea del § 136 StGB, ocupándose también de salvaguardar los bienes depositados aunque con presupuestos distintos.

El § 288 StGB protege un crédito en particular cuando su ejecución es inminente. La conducta estriba en enajenar u ocultar una parte del patrimonio, sin que se precise la creación de un Estado de insolvencia. Pero el autor ha de actuar movido por la intención de obstaculizar la satisfacción del acreedor. En la interpretación de este propósito algunos autores han afirmado que basta que el deudor disponga de sus bienes aceptando el perjuicio que con ello causa a su acreedor, o incluso si lo asume como probable, es decir, lo reducen meramente a la exigencia de dolo en cualquiera de sus clases.

Por contraposición, el artículo 257.1.1º CP cubre una fase anterior, en la que el deudor se alza con sus bienes en perjuicio de todos sus acreedores, cuando aún no ha comenzado la fase de ejecución. En el artículo 257.1.2º CP sí ha empezado este proceso, o es previsible que se inicie, y el autor ha de realizar un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones con el fin de perjudicar a sus acreedores. Pero en este caso, a diferencia del precepto alemán, dicha actuación ha de dilatar, dificultar o impedir la eficacia del embargo o del procedimiento ejecutivo o de apremio. Por lo tanto, nuestra norma es más exigente en cuanto al resultado y la afección del bien jurídico, lo que se

traduce también en una mayor penalidad, consistente en prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses, frente a la alternativa entre prisión no superior a dos años o multa prevista en el § 288 StGB. En ambas disposiciones la ejecución puede ser administrativa o procesal y las deudas públicas o privadas, pero en el artículo 257.3 CP se agrava la pena cuando la acreedora es una persona jurídica pública o la obligación pecuniaria proviene de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social. Asimismo, se declaran aplicables algunas agravantes previstas para el delito de estafa. El artículo 257.2 CP recoge semejantes presupuestos en relación con el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito. Por otra parte, en el artículo 258 bis CP se castiga el mero uso de bienes embargados por parte del depositario sin autorización, mientras en el § 136 StGB se sanciona a quien destruya, dañe o se deshaga de bienes que posea en depósito o bajo decomiso oficial. La pena en el primer caso es de prisión de tres a seis meses o multa de seis a veinticuatro meses, y en éste de prisión no superior a un año o multa. En el artículo 258 CP se penaliza la presentación de una declaración patrimonial incompleta o mendaz o la no aportación de la requerida, dificultando el cobro por parte del acreedor.

En consecuencia, el legislador español ha seguido la técnica legislativa del texto alemán, regulando por separado las insolvencias punibles y las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución. Pero en nuestro ordenamiento se han incrementado extraordinariamente los comportamientos típicos, con la finalidad de no dejar ningún espacio de impunidad frente a esas maniobras del deudor dirigidas a evitar el pago a sus acreedores. Este abanico amplio de delitos contrasta con la figura única prevista en Alemania respecto a la frustración de una ejecución forzosa, disparidad que, a su vez, refleja el distinto panorama al que se enfrenta cada legislación penal. En nuestro país la grave situación de crisis económica ha multiplicado el número de procedimientos concursales y ejecutivos, y también los delitos de insolvencias punibles, incluyendo los alzamientos de bienes[43]. Por el contrario, el § 288 StGB tiene una aplicación residual, aunque esta divergencia no puede achacarse solo a un menor porcentaje de actuaciones fraudulentas por parte de los deudores, sino también al reducido número de conductas punibles, que además requieren que la ejecución sea inminente, y a la exigencia de denuncia para enjuiciar el hecho.

[43] Véase, ROCA, L.: Los delitos de alzamiento de bienes (examen de los artículos 257 y 258 del Código penal), en Anuario de Derecho Concursal, nº 22, 2011, pp. 48 y 49, citas 1 y 2.

Todo ello lleva a pensar que quizá la implantación de mecanismos adecuados en el proceso de ejecución judicial o administrativo sería suficiente para prevenir algunas conductas que en nuestro Derecho se han elevado a la categoría de delito. De hecho, el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil[44] prevé el requerimiento al ejecutado para que manifieste bienes y derechos suficientes para la ejecución, con apercibimiento de las sanciones que pueden imponérsele, cuando menos por desobediencia grave. Además, se le podrán imponer multas coercitivas periódicas cuando no responda debidamente al requerimiento. Pero, como se viene denunciando, esta norma se usa muy poco en la práctica judicial, no sólo en lo que atañe a la incoación de una causa por desobediencia sino, incluso la imposición de sanciones económicas[45]. En el orden administrativo ni siquiera se regula una fórmula equivalente para que el deudor informe acerca de su patrimonio. Desde luego, de acuerdo con el principio de intervención mínima estos medios deberían ser prioritarios, antes de recurrir a la pena como se ha hecho en la reciente reforma.

III. LA «FRUSTRACIÓN DE LA EJECUCIÓN» EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

1. Sistemática

La regulación autónoma de la «Frustración de la ejecución» en el Capítulo VII, del Título XIII, del Libro II, con carácter previo al Capítulo VII bis «De las insolvencias

---

[44] Artículo 589 Manifestación de bienes del ejecutado

"1. Salvo que el ejecutante señale bienes cuyo embargo estime suficiente para el fin de la ejecución, el Secretario judicial requerirá, mediante diligencia de ordenación, de oficio al ejecutado para que manifieste relacionadamente bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, con expresión, en su caso, de cargas y gravámenes, así como, en el caso de inmuebles, si están ocupados, por qué personas y con qué título.

2. El requerimiento al ejecutado para la manifestación de sus bienes se hará con apercibimiento de las sanciones que pueden imponérsele, cuando menos por desobediencia grave, en caso de que no presente la relación de sus bienes, incluya en ella bienes que no sean suyos, excluya bienes propios susceptibles de embargo o no desvele las cargas y gravámenes que sobre ellos pesaren.

3. El Secretario judicial podrá también, mediante decreto, imponer multas coercitivas periódicas al ejecutado que no respondiere debidamente al requerimiento a que se refiere el apartado anterior.

Para fijar la cuantía de las multas, se tendrá en cuenta la cantidad por la que se haya despachado ejecución, la resistencia a la presentación de la relación de bienes y la capacidad económica del requerido, pudiendo modificarse o dejarse sin efecto el apremio económico en atención a la ulterior conducta del requerido y a las alegaciones que pudiere efectuar para justificarse.

Frente a estas resoluciones del Secretario cabrá recurso directo de revisión, sin efecto suspensivo, ante el Tribunal que conozca de la ejecución".

[45] Puede verse la situación que exponen algunos abogados en las siguientes direcciones: <http://www.gestoresderiesgo.com/cobros-y-recobros/aprobado-el-anteproyecto-de-ley-de-reforma-del-codigo-penal-buenas-noticias-para-la-recuperacion-de-impagados> <http://www.carrilloasesores.com/nuevo-delito-de-ocultacion-de-bienes-en-un-procedimiento-ejecutivo> <http://alfilabogados.blogspot.com.es/2015/09/el-delito-de-frustracion-de-la-ejecucion.html> [Consulta: 2 febrero 2016] .

punibles», ha venido acompañada de otros cambios formales que en algunos casos afectan también al contenido de esas normas[46]. Junto a ellos, se han añadido nuevas figuras delictivas, engrosando el articulado que integra este nuevo capítulo.

Los delitos de alzamiento de bienes se mantienen en el artículo 257 CP, y a continuación en el artículo 258 CP, se recogen infracciones relativas a la información patrimonial presentada u omitida por el deudor en el proceso ejecutivo, y se añade el artículo 258 bis CP, sobre el uso no autorizado de bienes depositados, estableciendo en el artículo 258 ter CP la responsabilidad de las personas jurídicas que antes contenía el artículo 261 bis CP.

Dentro del artículo 257 CP, el apartado 1 se mantiene inalterado, regulando el alzamiento básico y las acciones de obstrucción del proceso ejecutivo. A continuación el apartado 2 recoge el contenido del antiguo artículo 258 CP dedicado a las actuaciones elusivas de la responsabilidad civil derivada de un delito. Los apartados 2 y 3 anteriores sobre la naturaleza de las deudas u obligaciones que se quieren sortear, pasan a integrar el apartado 3 vigente. En el apartado 4 se incrementa la pena cuando concurren determinados supuestos de agravación del artículo 250 CP, modificando las circunstancias del texto reformado. Finalmente, el apartado 5 declara la autonomía del proceso penal respecto de la ejecución concursal. Los tres últimos son aplicables ahora al apartado 2 relativo a los responsables civiles[47].

La creación de nuevos delitos que no consisten en la realización de operaciones artificiosas sobre el propio patrimonio para esquivar las deudas, ha llevado a dar nueva redacción al artículo 258 CP y a introducir el artículo 258 bis CP, en los que se alojan esos tipos novedosos, además del artículo 258 ter CP que prevé la responsabilidad de las personas jurídicas para todas las figuras de este capítulo. De esta forma, se mantiene en

[46] Consideran inadecuado ese cambio de título, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico…, p. 46; y, SOUTO GARCÍA, E.M.: Frustración de la ejecución…, p. 788. En cambio, ponen de manifiesto que en la frustración no existe una situación de insolvencia, a diferencia de las insolvencias punibles, MUÑOZ CUESTA, J./RUÍZ DE ERENCHUN, E.: Cuestiones prácticas…, p. 163. En sentido parecido, GALLEGO SOLER, J.I., en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S.: Comentarios al Código penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 900.

[47] Habían llamado la atención sobre la falta de aplicación de algunas agravantes del artículo 250 CP (particularmente la 4 y la 5) al anterior artículo 258 CP, ROCA AGAPITO, L./SÁNCHEZ DEFAUCE, M.: Las insolvencia punibles y la reforma de 2010, en ÁLVAREZ GARCÍA, J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Comentarios a la Reforma Penal de 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 288.

los artículos 259 CP y siguientes la normativa de las insolvencias punibles, que pasa a integrar un capítulo independiente[48].

Esta remodelación va acompañada de modificaciones de contenido en la normativa anterior. Algunas de ellas ponen fin a la polémica doctrinal que ha rodeado a ciertas normas, como la inclusión de todos los responsables civiles en el círculo de autores del actual artículo 257.2 CP, o la eliminación de la remisión a la agravante del artículo 250.1.1ª CP sobre bienes de primera necesidad cuyo encaje en el alzamiento presentaba dificultades. Otras reformas, en cambio, dan pie a interpretaciones distintas, como la omisión del resultado de insolvencia en el único precepto que lo mencionaba, en relación con las actuaciones delictivas de los responsables civiles. No obstante, a mi juicio, la conservación de la pena anterior, junto a la descripción que hace el legislador de esos cambios como una mera "*revisión técnica*", permiten mantener la necesidad de insolvencia, real o aparente, en los tipos de alzamiento. Sin embargo, la tendencia judicial a exigir expresamente la obstaculización del cobro más que la insolvencia, crea razonables dudas en cuanto a la pervivencia de este presupuesto, teniendo en cuenta además que se ha atendido al Derecho comparado y en particular al ordenamiento alemán, donde no se precisa ese efecto.

2. Alzamiento de bienes

a) Tipos básicos

Artículo 257:

> «1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses:
>
> 1º El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.
>
> 2º Quien con el mismo fin realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación».

1) Valoración de la dualidad de tipos. El papel de la insolvencia

El número 1º no ha experimentado cambios, conservándose la redacción original que han venido heredando nuestros Códigos desde la creación de este delito en el texto punitivo de 1948. Tampoco el número 2º introducido en 1995 ha sufrido variaciones[49].

[48] Algunos autores habían abogado por suprimir el llamado «concurso o insolvencia punible» al estimar suficiente el alzamiento de bienes. MONGE FERNÁNDEZ, A.: El delito concursal punible, ¿una solución penal a un problema mercantil?, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 35 ss.

Esta última disposición aparecía levemente modificada en el Anteproyecto de reforma del Código penal[50], donde el número 2º se componía de dos párrafos, sancionando en la letra a) a quien con el mismo fin del número anterior "*ocultare sus bienes*", e incluyendo en la letra b) el contenido actual, que no ha sido alterado. Sin embargo, esa tipificación expresa de la ocultación de bienes, que tiene pleno sentido en el § 288 StGB, donde no se prevé la modalidad básica de alzamiento, castigando sólo a quien enajena o esconde parte de su patrimonio ante una ejecución inminente, aquí suponía un solapamiento con el apartado 1º, que abarca la distracción de bienes desde una fase previa al proceso ejecutivo. Por otra parte, esa distinción entre el alzamiento y la ocultación podía generar dudas en cuanto a las acciones comprendidas en el primer término, en el que doctrina y jurisprudencia han incluido siempre la ocultación[51]. De ahí que tanto el Consejo General del Poder Judicial[52] como el Consejo Fiscal[53], en sus informes al Anteproyecto, pusieron de relieve que dicha mención expresa resultaba innecesaria. También el Consejo de Estado aludió a esa interpretación tradicional, aunque no objetaba su previsión explícita[54]. Asimismo, durante la tramitación parlamentaria el Grupo Socialista propuso su supresión[55], y algunos autores destacaron ese carácter superfluo[56].

---

[49] La concreción del acto típico *en la frustración de la ejecución*, que aparece en esta fórmula introducida en 1995 quiso responder a una de las más severas críticas contra el sistema anterior. Se insistía en que el delito de alzamiento de bienes debía orientarse expresamente al castigo de las actuaciones del deudor tendentes a la frustración del juicio ejecutivo, pues en ese sentido se sitúan los Códigos penales europeos y, además, eso es lo que la práctica muestra como objeto esencial de las conductas de alzamiento: alejar del previo embargo y ulterior ejecución todo aquello que pueda servir para la satisfacción del crédito, sean muebles (por ejemplo, fondos o depósitos bancarios), o bien inmuebles. QUINTERO OLIVARES, G.: Las insolvencias punibles en el Derecho penal español, en Manuales de Formación Continuada, nº 14, 2001, pp. 510 y 511.

[50] Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 11 de octubre de 2012.

[51] QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F.: Comentarios a la parte especial del Derecho penal, 9ª edición, Aranzadi, pamplona, 2011, p. 717.

[52] Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 16 de enero de 2013, p. 205.

[53] Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 20 de diciembre de 2012, p. 241.

[54] Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 27 de junio de 2013.

[55] Enmienda nº 704 del Grupo Parlamentario Socialista. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X Legislatura, 10 de diciembre de 2014, nº 66-2, p. 457.

[56] ESQUINAS VALVERDE, P.: La nueva regulación …, p. 3; FARALDO CABANA, P.: Los delitos de alzamiento de bienes en el proyecto de reforma del Código penal de 2013, en Revista Aranzadi Doctrinal, nº 6, 2014, p. 10, < https://www.westlawinsignis.es/maf/app/document?srguid=i0ad6007a000001539e365ef66a4de844&marginal=BIB\2014\3357&docguid=I4db8ed3084cb11e48327010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=2&epos=2&td=5&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplat

De todas formas, la observancia de la normativa alemana creo que debía haberse aprovechado para simplificar este precepto farragoso[57], utilizando la voz obstaculizar en lugar de los tres verbos empleados, puesto que abarca las acciones de dilatar y dificultar el proceso y para realizar el tipo no es necesario impedir la eficacia del embargo o del procedimiento ejecutivo o de apremio. Además, aplicar el mismo castigo a las dos primeras conductas y a esta última, cualitativamente más grave, resulta desproporcionado.

Por otra parte, a la vista del ordenamiento germano podría plantearse la opción de suprimir el alzamiento genérico[58], sancionando únicamente las conductas realizadas en un estadio próximo al proceso de ejecución. Sin embargo, esa despenalización supondría dejar indefensos a los acreedores, puesto que al deudor le bastaría con anticipar las maniobras artificiosas a un momento anterior para no incurrir en delito. Por lo tanto, en la medida en que en nuestro Derecho se estima como un valor merecedor de la tutela penal la preservación del patrimonio del deudor como garantía de esos créditos, de acuerdo con el principio de responsabilidad universal consagrado en el artículo 1911 del Código Civil, entiendo que no debe suprimirse esta figura. De hecho, el § 288 StGB da lugar a muy pocas condenas, quizá por la limitación del delito al momento en que ya es inminente el proceso ejecutivo, o tal vez porque existen mecanismos extrapenales de cobro efectivos.

También cabría considerar la supresión del número 2º[59], manteniendo únicamente el delito básico. En realidad, como dice MUÑOZ CONDE, cualquier maniobra de ocultación o disminución patrimonial realizada por el deudor para impedir que los acreedores puedan satisfacer sus créditos se hace, en última instancia, para dilatar,

---

e=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=> [Consulta: 21 marzo 2016]; y, MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: La reforma del Código penal de 2015. Conforme a la Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo, La Ley, Madrid, 2015, p. 226.

[57] Queralt Jiménez lo considera, incluso, contrario al principio de legalidad y, por lo tanto, entiende que debería ser declarado no conforme a la Constitución. QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: Derecho penal español. Parte especial, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 802. Critica también la excesiva amplitud de esta norma, MESTRE DELGADO, E., en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.): Derecho penal. Parte especial, 6ª edición, Colex, Madrid, 2011, pp. 340 y 342.

[58] Véase, BACIGALUPO, E.: Insolvencia y delito en el Proyecto…, p. 2.

[59] De esta opinión, BAJO, M./BACIGALUPO, S.: Derecho penal económico, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 392; y, MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal. Parte especial, 20 edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 396. También González Rus entiende que todas las conductas castigadas en este número pueden incluirse en el tipo básico de alzamiento. GONZÁLEZ RUS, J.J., en. COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): Derecho penal español. Parte especial, Dykinson, Madrid, 2005, p. 552. En contra, ARROYO ZAPATERO, L./GÓMEZ DE LA TORRE, I.B./FERRÉ OLIVÉ, J.C./GARCÍA RIVAS, N./SERRANO PIEDECASAS, J.R./TERRADILLOS BASOCO, J. Mª. (Dir.): Comentarios al Código penal, Iustel, Madrid, 2007, p. 581.

dificultar o impedir la eficacia del procedimiento ejecutivo que éstos hayan iniciado o sea de previsible iniciación. No obstante, atendiendo al tenor de este precepto se advierte una diferencia que podría justificar la vigencia de las dos normas, pues en este número 2º no se requiere la provocación de insolvencia, mientras el alzamiento del número 1º ha sido asimilado siempre a la sustracción de bienes que provoca esa situación real o ficticia, de acuerdo con su significado gramatical[60]. De todos modos, los órganos judiciales han venido precisando este presupuesto en ambos supuestos, lo que vendría a dar la razón al citado autor[61].

Ahora bien, en la práctica judicial se ha suavizado esta lectura poniendo el énfasis en la existencia de una actuación obstaculizadora, más que en la creación de una apariencia de insolvencia. Por otra parte, en el artículo 257.2 CP se ha suprimido la exigencia expresa de insolvencia total o parcial que antes figuraba en el artículo 258 CP en relación con el impago fraudulento de la responsabilidad civil. De manera que cabe plantearse si sigue siendo un requisito en todos los delitos de alzamiento de bienes.

Hasta ahora la jurisprudencia ha equiparado los presupuestos de los dos tipos hoy regulados en el artículo 257.1 CP, precisando en ambos casos que la acción delictiva ocasione un Estado de insolvencia. Pero, más recientemente los tribunales han relajado esa exigencia, haciendo hincapié en la necesidad de que se dificulte seriamente el cobro.

En principio, la STS 8 de noviembre de 2001 declaraba la vigencia respecto de esas conductas de la doctrina jurisprudencial recaída en relación con el alzamiento de bienes regulado en el texto punitivo anterior:

> "los elementos del tipo, hoy recogido con mucha mayor precisión en el artículo 257 del Código de 1995, se descomponen así: a) existencia de un derecho de crédito por parte de un acreedor y en consecuencia unas obligaciones dinerarias por parte del deudor, generalmente vencidas, líquidas y exigibles; b) ocultación, enajenación real o ficticia, onerosa o gratuita de los propios bienes, simulación fraudulenta de créditos o cualquier actividad que sustraiga los bienes citados al destino solutorio a que se hayan afectos; c) situación de insolvencia total o parcial, real o aparente, del deudor como consecuencia de la actividad dinámica antes mencionada; y d) concurrencia de un elemento subjetivo específico, tendencial, consistente en la intención de causar perjuicio al acreedor, bien entendido no obstante que el alzamiento es un delito de mera actividad, de riesgo,

[60] El artículo 2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, establece en el apartado 2 que "*se encuentra en Estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*", y en el apartado 3 que "*se encuentra en Estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones*".

[61] "*No debe olvidarse que tanto en esta modalidad delictiva -art. 257.1.2º CP- como en las otras previstas en el mismo artículo del Código penal, la insolvencia constituye el elemento nuclear y común, de modo que se requiere, en todo caso, que el deudor se encuentre en una situación de desequilibrio patrimonial entre los valores realizables y las prestaciones exigibles, de modo que el acreedor no encuentre en el patrimonio del deudor medios económicos con los que pueda satisfacer sus crédito*". STS 2504/2001, de 26 de diciembre (F.J.2).

> de resultado cortado, con lo cual basta con que se lleve a cabo la ocultación de bienes, como resultado exigido por el tipo en relación a la simple intención de perjudicar, pues el perjuicio real pertenece no a la fase de perfección sino a la de su agotamiento" (F.J.4)[62].

No obstante, con la regulación del Código vigente se ha considerado suficiente que como consecuencia de las maniobras elusivas, "*el deudor dificulte en grado sumo a sus acreedores el cobro de sus legítimos créditos, de tal manera que el acreedor encuentre dificultades para hallar bienes con los que poder cobrarse*"[63].

Como expresa el Tribunal Supremo,

> "se configura así este tipo penal como un delito de tendencia en el que basta la intención de perjudicar a los acreedores mediante la ocultación que obstaculiza la vía de apremio, sin que sea necesario que esta vía ejecutiva quede total y absolutamente cerrada… La jurisprudencia de esta sala viene exigiendo ese resultado para la consumación de este delito utilizando la expresión insolvencia… Conviene precisar que como resultado de este delito no se exige una insolvencia real y efectiva, sino una verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio"[64].

En este sentido se pronunciaba la SAP de Valladolid 245/2015, de 18 de septiembre (F.J.2) de un modo contundente:

> "para negar la concurrencia del delito de alzamiento de bienes no basta con alegar que el acreedor dispone todavía de recursos o acciones judiciales a su alcance para intentar vencer o dejar sin efecto una determinada disposición patrimonial realizada con finalidad elusiva…, y ello porque…, semejante interpretación conllevaría en la práctica la escandalosa atipicidad de casi todos los supuestos de operaciones o maniobras de insolventación realizadas mediante negocios jurídicos, obligando a las víctimas de tales negocios fraudulentos a peregrinar de procedimiento judicial en procedimiento judicial para intentar dar finalmente con algún bien frente al que realizar sus créditos, lo que supondría negar la protección penal a quien no hubiera agotado hasta la última

[62] En igual dirección, las SSTS 1508/2000, de 28 de septiembre (F.J.2), y de 28 de febrero de 2002 (F.J. Único).

[63] Los elementos del delito se resumen en la STS 1770/1999, de 9 de diciembre: "*a) como presupuesto básico, la existencia de uno o varios créditos contra el sujeto activo, generalmente preexistentes, reales, serios y graves, y, de ordinario, vencidos, líquidos y exigibles; empleándose las expresiones adverbiales "generalmente" y "de ordinario", porque es muy frecuente que los defraudadores, ante la inminencia o proximidad del advenimiento de un crédito futuro, augurando un evidente perjuicio para sus intereses patrimoniales, se adelanten o anticipen a la materialización del crédito o créditos, o a su vencimiento, liquidez o exigibilidad, frustrando y abortando las legítimas expectativas de sus acreedores, mediante la adopción de medidas de desposesión de sus bienes, tendentes a burlar los derechos de aquéllos y a eludir su responsabilidad patrimonial; b) un elemento dinámico que puede estribar en la destrucción u ocultación de su activo, en enajenaciones reales o ficticias, onerosas o gratuitas, y en otras muchas más modalidades comisivas; c) un elemento tendencial o ánimo específico de defraudar al acreedor o acreedores, burlando y eludiendo la responsabilidad personal patrimonial universal del deudor, consagrada en los arts. 1111 y 1911 del Código Civil; y d) que, como consecuencia de tales maniobras elusivas, devenga total o parcialmente insolvente, o experimente una acusada, aunque ficticia, disminución de su acervo patrimonial, imposibilitando o dificultando en grado sumo a sus acreedores el cobro de sus legítimos créditos, de tal manera que el acreedor encuentre dificultades para hallar bienes con los que poder cobrarse*" (F.J.2). Igualmente, la STS de 12 de marzo de 2001 (F.J.5).

[64] STS de 11 de marzo de 2002 (F.J. Único). Con el mismo contenido, las SSTS 1101/2007, de 27 de diciembre (F.J.4), 867/2013, de 28 de noviembre (F.J.2), y 344/2015, de 22 de mayo (F.J.2).

> acción declarativa o ejecutiva a su alcance para intentar hacerse pago con los bienes del deudor" (F.J.2)[65].

En concreto, en esta resolución se consideró que la disolución de la sociedad de gananciales dificultaba o dilataba las posibilidades del acreedor de ver satisfecho su crédito, de forma que el hecho de que hubiese podido iniciar un procedimiento declarativo con base en el artículo 1.317 del Código Civil para ejecutar el bien inmueble en cuestión no era suficiente para enervar el delito.

Desde esta óptica, la SAP de Madrid 580/2015, de 10 de septiembre, afirma que

> "por eso puede decirse que el delito de alzamiento no es un delito de insolvencia sino de frustración de ejecución de obligaciones..., lo que se exige como resultado en este delito es una efectiva sustracción de alguno o algunos bienes, que obstaculice razonablemente una posible vía de apremio con resultado positivo y suficiente para cubrir la deuda de modo que el acreedor no tiene la carga de agotar el procedimiento de ejecución" (F.J.1).

A la vista de estas resoluciones y teniendo en cuenta la eliminación que la Ley Orgánica 1/2015 ha efectuado de la única mención expresa a la insolvencia en la regulación del alzamiento de bienes cabría entender que el legislador ha prescindido de esta exigencia clásica, exigiendo más bien la obstaculización del cobro. Sin embargo, esas acciones de obstrucción, como la que se describe en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, donde el deudor disuelve la sociedad de gananciales con el fin de que no figuren a su nombre los bienes comunes, en realidad dan lugar a una situación de insolvencia aparente, que en este delito se equipara a la real en tanto es idónea para perjudicar los créditos de los acreedores. Así pues, como explica la sentencia del Tribunal Supremo apuntada, la obstaculización a la que aluden los tribunales es asimilable a la insolvencia ficticia tradicional. En definitiva, lo que se viene a exigir es que el acreedor no encuentre bienes suficientes para el cobro de su crédito, aun cuando en caso de insolvencia aparente podría llegar a obtenerlos ejerciendo las acciones a su alcance.

En cualquier caso, creo que la insolvencia debe mantenerse como condición necesaria en los dos números del artículo 257.1 CP. El propio legislador indica que sólo ha realizado una revisión técnica de estos delitos[66]. En coherencia con ello mantiene la penalidad anterior, e incluso la incrementa en determinados casos. Por otra parte, la

[65] Pueden consultarse también, la SAP de Granada 466/2015, de 13 de julo (F.J.3), SAP de Málaga 2675/2015, de 19 de agosto (F.J.1), SAP de Madrid 580/2015, de 10 de septiembre (F.J.1), SAP de Asturias 384/2015, de 28 de septiembre (F.J.2), SAP de Soria 87/2015, de 15 de octubre (F.J.2), SAP de Madrid 748/2015, de 11 de noviembre (F.J.2), y SAP de Madrid 798/2015, de 30 de noviembre (F.J.6).

[66] Señala Muñoz Cuesta que "*el delito de alzamiento de bienes…, ha sido mínimamente modificado*". MUÑOZ CUESTA, J.: Frustración de la ejecución…, p. 2.

conducta meramente obstructiva, cuando sigue habiendo bienes para satisfacer a los acreedores, no afecta a los derechos de crédito, que integran el bien jurídico protegido, y a la responsabilidad universal que impone al deudor el artículo 1911 del Código Civil. De hecho, los órganos judiciales han venido afirmando que la ocultación de un bien, cuando quedan otros con los que cubrir las deudas, no es constitutivo de delito[67].

En la medida, pues, en que el legislador ha decidido conservar el término "alzarse" hay que entenderlo en su sentido técnico, recogido por el Diccionario de la RAE, que en Derecho define el "*alzamiento"* como "*delito que comete quien hace desaparecer u oculta su fortuna para eludir el pago a sus acreedores*", y "*alzar*" como "*defraudar a un acreedor, especialmente ocultando fondos o ausentándose con ellos; quebrar maliciosamente*". Asimismo, dado que en los dos números del artículo 257.1 CP[68] se aplica la misma pena, conviene unificar sus componentes principales, como hace el Tribunal Supremo, de manera que la insolvencia, real o ficticia, se ha de exigir también en las conductas descritas en el número 2º. Así lo ha entendido la doctrina mayoritaria[69] y los órganos judiciales[70].

---

[67] SSTS de 11 de marzo de 2002 (F.J. Único), 176/2013, de 13 de marzo (F.J.2), 867/2013, de 28 de noviembre (F.J.2), 63/2015, de 18 de febrero (F.J.2), y, la SAP de Asturias 384/2015, de 28 de septiembre (F.J.2), SAP de Soria 87/2015, de 15 de octubre (F.J.2), y, SAP de Madrid 748/2015, de 11 de noviembre (F.J.2).

[68] Destacan que la insolvencia no se requiere en el número 2 del artículo 257.1 CP, apuntando para exigirla razones teleológicas y de coherencia sistemática, ROBLES PLANAS, R./PASTOR MUÑOZ, N., en SILVA SÁNCHEZ, J.M./RAGUÉS I VALLÉS, R.: Lecciones de Derecho penal. Parte especial, Atelier, Barcelona, 2015, p. 283.

[69] BACIGALUPO, E.: Insolvencia y delito en el Proyecto…, p. 2; BAJO, M./BACIGALUPO, S.: Derecho penal económico, p. 392; CASTELLÓ NICÁS, N.: El delito de alzamiento de bienes del artículo 257.2 del Código penal (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo): naturaleza jurídica y exigencia de declaración de responsabilidad civil en sentencia condenatoria previa", en Cuadernos de Política Criminal, nº 115, 2015, pp. 12 ss.; GALLEGO SOLER, J.I., en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S.: Comentarios…, p. 902; ESQUINAS VALVERDE, P.: La nueva regulación…, p. 6; FARALDO CABANA, P.: Los delitos de alzamiento de bienes…, p. 10; FARALDO CABANA, P., en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): Comentarios al Código penal, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 995; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VVAA: Derecho penal…, p. 441; GONZÁLEZ RUS, J.J., en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): Derecho penal español…, p. 552; MAGRO SERVET, V.: Delitos socioeconómicos, El Derecho, Madrid, 2010, p. 185; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico…, pp. 49 ss.; MUÑOZ CONDE, F.: El delito de alzamiento de bienes, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 119 ss.; MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal…, p. 399; MESTRE DELGADO, E., en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.): Derecho penal…, p. 340; OSUNA CEREZO, M.J.: Veinte cuestiones sobre los delitos de hurto, robo, estafa e insolvencia punible, en Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, nº 30, 2015, pp. 31 ss.; PASTOR MUÑOZ, N., en SILVA SÁNCHEZ, J.M./PASTOR MUÑOZ, N: El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma, La Ley, Madrid, 2012, p. 357; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A./SERRANO TÁRRAGA, M.D./VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: Curso de Derecho penal. Parte especial, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 313 y 314; SOUTO GARCÍA, E.M.: Los delitos de alzamiento de bienes en el Código penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 27 y 377; TERRADILLOS BASOCO, J.M.: Insolvencias punibles: en torno a la sentencia del Tribunal Supremo (2ª) de 9 de 10 de junio de 1999, en Revista de Derecho Social, nº 9, 2000, p. 209; y, VIVES ANTÓN, T.S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Los delitos de alzamiento de bienes, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 9, 107 y 113. Por el contrario, entienden que en la frustración de la ejecución no se provoca una situación de

Ahora bien, desde este prisma, resulta difícil deslindar el respectivo campo de aplicación de los dos números del artículo 257.1 CP. Eso explica las distintas posiciones mantenidas para tratar de justificar la coexistencia de ambos preceptos, desde las que entienden que esas normas vienen a resolver las antiguas dudas sobre la punibilidad de las conductas explicitadas, pasando por las que subrayan la naturaleza ejecutiva de los créditos del número 2º, hasta las que entienden que las acciones descritas en este precepto son distintas a las del alzamiento básico[71]. En la práctica judicial se argumenta que con este subtipo se quiso sancionar una serie de comportamientos de la realidad socioeconómica que venían siendo incluidos *de facto* por vía jurisprudencial[72].

Pues bien, a mi modo de ver no existen diferencias sustanciales que impidan reunir todas las acciones típicas en una sola disposición, puesto que comparten la nota de la insolvencia y tienen cabida en la conducta genérica, pero sería conveniente buscar

---

insolvencia, sólo se obstaculiza el cobro, CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (Dir.): Comentarios al Código penal. Parte especial, Tomo I, Marcial Pons, Barcelona, 2004, pp. 874 ss.; MUÑOZ CUESTA, J./RUÍZ DE ERENCHUN, E.: Cuestiones prácticas…, p.163; y, QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: Derecho penal español…, pp. 799 y 800.

[70] "*Se configura así como un delito de tendencia: basta con la intención de perjudicar a los acreedores mediante la ocultación que obstaculiza la vía de apremio, sin que sea necesario que esta vía ejecutiva quede total y absolutamente cerrada, siendo suficiente con la ocultación o sustracción de bienes, pues el perjuicio real pertenece, no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento. Por tanto, no se exige una insolvencia real y efectiva, sino que la ocultación o sustracción de bienes sea obstáculo para el éxito de la vía de apremio. El acreedor no tiene la carga de agotar el procedimiento de ejecución, precisamente porque el deudor con su actitud de alzamiento ha colocado su patrimonio en una situación tal que no es previsible la obtención de un resultado positivo en orden a la satisfacción del crédito. Ahora bien, es incompatible el delito con la existencia de algún bien no ocultado y conocido, de valor suficiente y libre de otras responsabilidades, en situación tal que permitiera prever una posible vía de apremio de resultado positivo para cubrir el importe de la deuda*" SAP de Madrid 748/2015, de 11 de noviembre (F.J.2), y la jurisprudencia citada en ella.

[71] Puede verse de modo sintético, BOIX REIG, J./ANARTE BORRALLO, E., en BOIX REIG, J. (Dir.): Derecho penal…, Vol. II, Iustel, 2012, p. 335; SOUTO GARCÍA, E.M.: Frustración de la ejecución…, p. 790; y, VIVES ANTÓN, T.S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Los delitos de alzamiento de bienes, pp. 109 ss.

[72] "*Por lo que se refiere al subtipo previsto en el artículo 257.1.2 CP, y que se equipara al alzamiento de bienes, la Sala 2ª considera que esta modalidad responde a razones de política criminal que buscan sancionar una serie de comportamientos de la realidad socioeconómica que venían siendo incluidos «de facto» por vía jurisprudencial, ante su indudable potencialidad lesiva de los derechos de terceros, siendo el fin perseguido por el agente el mismo que el previsto en el inciso 1º del precepto, a saber, alzarse con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, pero ahora mediante comportamientos obstativos dirigidos a dilatar, dificultar o impedir, mediante actos de disposición patrimonial o generadores de obligaciones, la eficacia de un embargo, lo cual no sólo comprende el procedimiento ejecutivo propiamente dicho, sino también cualquier embargo preventivo e, incluso, la adopción de medidas cautelares de carácter real dirigidas a garantizar la ejecución de una sentencia, aunque hubiere sido apelada*". SAP de Madrid 748/2015, de 11 de noviembre (F.J.2). Asimismo, respecto a la última cláusula, "*previsible iniciación*", el Tribunal Supremo ha señalado que "*el legislador del Código de 1995 ha venido a incluir expresamente en el tipo lo que la doctrina de esta Sala venía entendiendo igualmente abarcado por el delito de alzamiento de bienes tipificado en el artículo 519 del Código penal de 1973, es decir, todos aquellos supuestos en los que se ha producido el hecho generador de la deuda aunque ésta aún no se haya ejercitado y el deudor provoca una situación perjudicial para los derechos económicos del acreedor*". STS 28 de febrero de 2002 (F.J. Único). Por otra parte, la mención expresa a la dilación responde también a la línea interpretativa que venía manteniendo el Tribunal Supremo bajo en relación con el artículo 519 del Código penal anterior. Véase, la STS de 8 de noviembre de 2001 (F.J.4).

una fórmula más precisa. De manera que la punición no debería ceñirse al momento en que el proceso de ejecución es ya previsible, ni limitarse a las acciones que afectan a créditos concretos, como en Alemania, puesto que de lo que se trata es de evitar actuaciones fraudulentas por parte del deudor, dirigidas a eludir el pago de los créditos en un futuro más o menos cercano. Por lo tanto, el alzamiento básico debe seguir siendo típico en la medida en que preserva un bien jurídico esencial en nuestro sistema. Ahora bien, creo que el § 288 StGB nos podría servir de guía para sustituir el verbo alzarse, por otros más concretos, como sustraer o disponer y ocultar. También el elemento subjetivo del tipo, "*en perjuicio de sus acreedores*", podría recibir una redacción menos confusa, aludiendo a la finalidad de eludir o de sustraerse al pago de sus acreedores, de modo que no indujera a confusión respecto a la posible exigencia de un perjuicio efectivo[73]. El principal inconveniente para esta innovación es que la regulación tradicional cuenta ya con una jurisprudencia y doctrina consolidada que facilita la praxis judicial. Pero la lectura de las resoluciones sobre el tema refleja también la confusión que en esta sede se produce entre los dos tipos recogidos en el artículo 257.1 CP, de manera que es usual encontrar referencias a ambos en la fundamentación jurídica de las sentencias, muchas veces sin discernir cuál es de aplicación y asimilándolos en cuanto a presupuestos[74]. Por otra parte, se mantiene una línea jurisprudencial surgida bajo el Código penal anterior, en el que no estaba prevista la modalidad de alzamiento del actual número 2º, lo que genera desajustes al aplicarla a la normativa actual. En este sentido, una nueva definición contribuiría a crear una doctrina sólida y clara.

En definitiva, la insolvencia no es un factor diferenciador de los delitos penados en los dos números del artículo 257.1 CP y, por consiguiente, no impide reunir en un solo precepto esas normas. No obstante, me parece preferible utilizar una redacción más clara que limitarse a eliminar una de las dos normas. En este nuevo precepto, como digo, debería sancionarse la disposición u ocultación de sus bienes por parte del deudor con la finalidad de eludir el cumplimiento de sus créditos.

[73] Respecto a las distintas interpretaciones formuladas de esta cláusula puede verse, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes, en Estudios Penales y Criminológicos, nº XXIV, 2002-2003, pp. 470 ss.

[74] De hecho, algunos órganos judiciales han llamado la atención respecto a la falta de precisión de nuestra regulación, a diferencia de otros modelos del Derecho europeo, en cuanto a los actos concretos sancionables. MAGRO SERVET, V.: Delitos socioeconómicos, p. 188.

2) Configuración legal

Los elementos de estos delitos no han variado. En cuanto al bien jurídico protegido, el nuevo nombre del Capítulo VII, «Frustración de la ejecución», y la previsión de tipos dirigidos a tutelar el proceso ejecutivo, parece confirmar la tesis que lo identifica con el derecho del acreedor a satisfacer sus créditos con el patrimonio del deudor en caso de incumplimiento, al amparo del artículo 1911 del Código Civil[75], frente a la consideración del alzamiento como un delito pluriofensivo, que además tutelaría el correcto funcionamiento del orden socioeconómico como valor

[75] BACIGALUPO, E.: Insolvencia y delito en el Proyecto…, p. 2; BAJO, M./BACIGALUPO, S.: Derecho penal económico, p. 379; CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (Dir.): Comentarios al Código penal…, p. 865; CUESTA MERINO, J.L.: La instrucción de las insolvencias punibles, en Estudios de Derecho Judicial, nº 64, 2004, p. 2; DEL ROSAL BLASCO, B.: Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes, en el Código penal, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 47, 1994, p. 15; FARALDO CABANA, P.: Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal, en Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXIV, 2002-2003, p. 280, <http://hdl.handle.net/10347/4085> [Consulta: 19 marzo 2016]; FARALDO CABANA, P., en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): Comentarios al Código penal, p. 991; FARALDO CABANA, P.: Los delitos de alzamiento de bienes…, pp. 5 y 6; GALLEGO SOLER, J.I., en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S.: Comentarios…, p. 901; GARCÍA RIVAS, N., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.): Derecho penal español. Parte especial (II), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 353; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VVAA: Derecho penal…, p. 437; GONZÁLEZ RUS, J.J., en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): Derecho penal español…, p. 547; GONZÁLEZ RUS, J.J., en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.): Sistema de Derecho penal español. Parte especial, Dykinson, Madrid, 2011, p. 533; GONZÁLEZ TAPIA, M.I., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): Comentarios al Código penal, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1999, pp. 600 y 601; HUERTA TOCILDO, S.: Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes, en CEREZO MIR, J. (Ed.): El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López, Comares, Granada, 1999, pp. 793 ss.; JORGE BARREIRO, A.G.: El delito de alzamiento de bienes. Problemas prácticos, en Cuadernos de Derecho Judicial, II-2003, p. 3; MAGRO SERVET, V.: El delito de alzamiento de bienes. Análisis de los artículos 257 y 258 CP. Posición actual de la jurisprudencia, en Estudios de Derecho Judicial, nº 54, 2004, p. 4; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Cuestiones fundamentales…, p. 450; MUÑOZ CONDE, F.: El delito de alzamiento…, pp. 54 ss.; MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal..., p. 395; MUÑOZ CUESTA, J./RUÍZ DE ERENCHUN, E.: Cuestiones prácticas..., p. 163; ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Compendio de Derecho penal. Parte general y especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 581; PASTOR MUÑOZ, N., en SILVA SÁNCHEZ, J.M./PASTOR MUÑOZ, N: El nuevo Código penal..., p. 355; PEREZ VALENZUELA, J.: El egoísmo antisocial y el delito de alzamiento de bienes, <http//www.fundacionmarianoruizfunes.com> [Consulta: 2 marzo 2016]; QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F.: Comentarios a la parte especial…, p. 712; ROBLES PLANAS, R./PASTOR MUÑOZ, N., en SILVA SÁNCHEZ, J.M./RAGUÉS I VALLÉS, R.: Lecciones de Derecho penal…, p. 281; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A.: Derecho penal: parte especial, 15ª edición, Dykinson, Madrid, 2010, p. 457; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A./SERRANO TÁRRAGA, M.D./VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: Curso de Derecho penal…, p. 313; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.S. (Coord.): Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial, 6ª edición, Civitas, Pamplona, 2011, p. 279; VAZQUEZ IRUZUBIETA, C.: Código penal comentado, Atelier, Barcelona, 2015, p. 453; VIVES ANTÓN, T.S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Los delitos de alzamiento de bienes, pp. 25 ss.; y, VIVES ANTÓN, T.S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.): Comentarios al Código penal de 1995, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 1274. En la jurisprudencia se pronuncian en este sentido, las SSTS 12 de marzo de 2001 (F.J.5), 11 de marzo de 2002 (F.J. Único), 1101/2007, de 27 de diciembre (F.J.4), 269/2012, de 29 de febrero (F.J.3), y, 63/2015, de 18 de febrero (F.J.2), SAP de Málaga 2675/2015, de 19 de agosto (F.J.1), SAP de Asturias 384/2015, de 28 de septiembre (F.J.2), y SAP de Soria 87/2015, de 15 de octubre (F.J.2).

supraindividual[76]. Algunos autores han querido resaltar la trascendencia del delito para este sector catalogándolo como un bien mediato[77]. De todas formas, esa alusión a un interés colectivo[78], que en parte propiciaba la ubicación del alzamiento entre los delitos socioeconómicos, tenía cierto sentido cuando se regulaban de forma conjunta todas las insolvencias punibles y se buscaba un objeto de tutela común. Es evidente que las que afectan a grandes sociedades pueden repercutir en la economía y en el sistema crediticio. Pero una vez los tipos de alzamiento adquieren autonomía ese argumento pierde significado[79].

Es un delito especial propio que sólo puede cometer el deudor, y el sujeto pasivo es el acreedor o los acreedores que pueden ver frustrados sus créditos como consecuencia de las actuaciones elusivas de aquél. Se incorpora una disposición específica en el artículo 258 ter CP para la responsabilidad de las personas jurídicas, equivalente a la prevista en el artículo 261 bis anterior con carácter común para todas las insolvencias punibles. Por otra parte, los terceros podrán responder como partícipes en el tipo específico[80].

En lo que hace a las conductas típicas, en el número 1º el verbo "*alzarse*" abarca toda actuación jurídica o material que haga aparecer al deudor como insolvente[81], ya sea

---

[76] Queralt Jiménez afirma que el bien jurídico-penalmente protegido es la exigencia del sistema de crédito que se basa en la fluidez de las operaciones y en la confianza en el buen éxito de las mismas. QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: Derecho penal español…, p. 791. De esta opinión también, JAÉN VALLEJO, M./PERRINO PÉREZ, Á.L.: La reforma penal de 2015, Dykinson, Madrid, 2015, p. 133; MESTRE DELGADO, E., en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.): Derecho penal. Parte especial, pp. 335 y 336; y, MESTRE DELGADO, E., en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.): Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal, Colex, Madrid, 2012, p. 390. En la jurisprudencia, mantienen esta tesis, las SSTS 867/2013, de 28 de noviembre (F.J.2), y 63/2015, de 18 de febrero (F.J.2), y la SAP de Madrid 748/2015, de 11 de noviembre (F.J.2).

[77] MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Cuestiones fundamentales…, p. 450; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico…, p. 48; y, SOUTO GARCÍA, E.M.: Los delitos de alzamiento de bienes…, pp. 117 ss. También Muñoz Cuesta apunta los dos bienes jurídicos, aunque situando el segundo en posición inferior al patrimonio de los acreedores. MUÑOZ CUESTA, J.: Frustración de la ejecución…, p. 3.

[78] Vives Antón y González Cussac diferenciaban entre el bien jurídico protegido y el objeto de lesión, en alusión a los intereses supraindividuales o colectivos que pueden verse afectados por el alzamiento de bienes. VIVES ANTÓN, T.S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Los delitos de alzamiento de bienes, p. 120.

[79] Sobre el tema, CERES MONTES, J.F.: Las insolvencias punibles: arts. 257 a 261 del Código penal, en Estudios de Derecho Judicial, nº 93, 2006, pp. 3 ss.; y, JORGE BARREIRO, A.G.: El delito de alzamiento de bienes..., p. 3. Precisamente, Maza Martín ponía de manifiesto la necesidad de diferenciar el delito de alzamiento de bienes del de bancarrota, de modo que sólo éste tiene naturaleza pluriofensiva. MAZA MARTÍN, J.M.: Las insolvencias punibles, en Cuadernos de Derecho Judicial, nº 5, 1998, p. 276.

[80] Ampliamente, MUÑOZ CONDE, F.: El delito de alzamiento…, pp.172 ss.; SOUTO GARCÍA, E.M.: Los delitos de alzamiento de bienes…, pp. 319 ss.; y, VIVES ANTÓN, T.S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Los delitos de alzamiento de bienes, pp. 36 ss.

[81] Es un "Estado de hecho", una realidad jurídica previa al Derecho. Es un desequilibrio patrimonial entre los valores realizables y las prestaciones exigibles, de modo que el acreedor no encuentra medios a su alcance para poder satisfacer su crédito en el patrimonio del deudor. BAJO, M./BACIGALUPO, S.: Derecho penal económico, p. 373.

de modo real o aparente[82]. Por bienes se entiende todo activo patrimonial, material o inmaterial, susceptible de embargo, perteneciente al deudor. Por otra parte, es acreedor el titular de un crédito, en el sentido del artículo 1089 del Código Civil[83]. En el número 2º se tipifica la realización de cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.

En el Anteproyecto de reforma del Código penal se incluía, además, la mención a la "*medida cautelar*". Un sector doctrinal señala que con esta expresión seguramente se estaba pensando en el embargo preventivo, que los Tribunales incluyen ya en el embargo[84], por lo que su referencia resultaba superflua[85]. No obstante, es muy posible también que con esa alusión el pre-legislador se refiriese específicamente al ámbito tributario, donde las medidas cautelares se adoptan antes de iniciarse las actuaciones de embargo en el seno del procedimiento de apremio[86]. Precisamente, el Ministro de Justicia manifestó que en la revisión de estos delitos se habían tenido en cuenta las recomendaciones de la Agencia Tributaria[87], como se advierte en el artículo 257.2 CP, donde se hace referencia expresa a las obligaciones pecuniarias derivadas de un delito contra la Hacienda Pública. Por lo tanto, esta esfera de la Administración pública ha Estado marcadamente presente en las reformas adoptadas.

---

[82] Puede verse una síntesis de la jurisprudencia en, BOIX REIG, J./ANARTE BORRALLO, E., en BOIX REIG, J. (Dir.): Derecho penal…, pp. 328 y 329. Sobre las clases de insolvencia, DEL ROSAL BLASCO, B.: Las insolvencias punibles…, pp. 8 ss.; y, SOTO NIETO, F.: Alzamiento de bienes. Aspectos varios de su dinámica delictiva, en Diario La Ley, nº 5555, 2002, p. 1776.

[83] BENEYTEZ, L., en BACIGALUPO, E.: Curso de Derecho penal económico, 2ª edición, Marcial Pons, 2005, pp. 238 y 239.

[84] Puede consultarse, por ejemplo, la SAP de Madrid 748/2015, de 11 de noviembre (F.J.2).

[85] ESQUINAS VALVERDE, P.: La nueva regulación…, p. 3. A su vez, la cita al embargo había ya sido criticada, en tanto constituye una fase del procedimiento ejecutivo o de apremio. MESTRE DELGADO, E., en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.): Derecho penal…, p. 340.

[86] MONTERO DOMÍNGUEZ, A.: Situación actual y perspectivas de la regulación de las medidas cautelares en el ámbito tributario, en Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, nº 7, 2014, pp. 14 ss.

[87] Jornada sobre la reforma del Código penal organizada por Iuris Law Institute», Madrid 3 de julio de 2014, <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427056467?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Medios&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DJornada_sobre_la reforma_del_C%C3%B3digo_Penal.pdf&blobheadervalue2=1288788889026> <www.fundacionmarianoruizfunes.com< [Consulta: 18 febrero 2016].

A mi juicio, las dos modalidades típicas constituyen delitos de peligro concreto[88], puesto que se requiere la creación de una situación de insolvencia que ponga en riesgo unos créditos determinados[89], pero no requieren el efectivo perjuicio de los acreedores[90]. Sin embargo, el alzamiento básico es un delito de resultado cortado[91], que se consuma cuando el deudor se sitúa en posición de insolvencia, real o aparente, con el fin de perjudicar a sus acreedores[92]. Desde esta premisa, cabe admitir su comisión aunque el crédito no esté vencido. En cambio, retrotraer la punición a un momento anterior al nacimiento de la deuda, como ha sugerido algún autor[93], me parece contrario al principio de intervención mínima[94]. La consumación se producirá, pues, una vez existente la obligación cuando el deudor provoque su insolvencia con la referida finalidad[95]. Este móvil específico es un elemento subjetivo del tipo que determina la atipicidad de la conducta cuando el autor no persiga eludir sus créditos[96]. Interpretarlo en sentido objetivo, como exigencia de un perjuicio efectivo supondría dejar desamparados a los acreedores frente a las artimañas del deudor dirigidas a sortear el pago, pudiendo perseguir esos actos previos únicamente como formas de tentativa. En lo que hace al dolo, el deudor ha de conocer que la actuación sobre sus bienes provoca

[88] Puede verse una síntesis de las opiniones respecto a la consideración del alzamiento como un delito de peligro, abstracto o concreto en, SOUTO GARCÍA, E.M.: Los delitos de alzamiento de bienes…, pp. 183 ss.; y, VIVES ANTÓN, T./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Los delitos de alzamiento de bienes, pp. 30 ss.

[89] VIVES ANTÓN, T.S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Los delitos de alzamiento de bienes, p. 32.

[90] Requieren, en cambio, que el perjuicio se haga efectivo, ARROYO ZAPATERO, L./GÓMEZ DE LA TORRE, I.B./FERRÉ OLIVÉ, J.C./GARCÍA RIVAS, N./SERRANO PIEDECASAS, J.R./TERRADILLOS BASOCO, J.Mª. (Dir.): Comentarios al Código penal, p. 581; HUERTA TOCILDO, S.: bien jurídico y resultado…, pp. 806 y 807; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Cuestiones fundamentales…, pp. 461 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico…, pp. 64 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho penal español. Parte especial, 18 edición, Dykinson, Madrid, 1995, p. 487; SOUTO GARCÍA, E.M.: Frustración de la ejecución…, p. 793; SOUTO GARCÍA, E.M.: Los delitos de alzamiento de bienes…, pp. 200 ss.; y, VAZQUEZ IRUZUBIETA, C.: Código penal…, p. 455.

[91] SAP de Granada 466/2015, de 13 de julio (F.J.3), SAP de Madrid 580/2015, de 10 de septiembre (F.J.1), y, SAP de Málaga 2675/2015, de 19 de agosto (F.J.1).

[92] Muñoz Conde se refiere al alzamiento como "insolventarse". MUÑOZ CONDE, F.: El delito de alzamiento…, pp. 114 y 120.

[93] GARCÍA SÁNCHEZ, A.: La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes, Comares, Granada, 2003, pp. 224 y 225.

[94] Sobre este punto, ROCA, L.: Los delitos de alzamiento de bienes…, p. 59.

[95] Ampliamente, MUÑOZ CONDE, F.: El delito de alzamiento…, pp. 119 ss.

[96] Paredes Castañón proponía racionalizar el baremo de enjuiciamiento en la delimitación del alcance de la tipicidad del alzamiento de bienes. Para ello había que objetivarlo, prescindiendo de la cuestión del ánimo defraudatorio y fijar unos criterios de valoración objetiva de las acciones subsumibles desde el punto de vista lingüístico en los tipos penales. PAREDES CASTAÑÓN, J.M.: Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo del delito de alzamiento de bienes, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coord.): El nuevo Derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Pamplona, 2001, pp. 1629 ss.

la insolvencia y la imposibilidad de cobro a los acreedores. Pero la presencia de la citada intencionalidad hace necesario dolo directo[97].

El delito contemplado en el número 2 precisa que se realice algún acto de disposición patrimonial, o generador de obligaciones que como resultado dilate, dificulte o impida un embargo o un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo[98]. Tampoco requiere que se cause un perjuicio al acreedor o acreedores, con lo que puede reputarse igualmente un delito de resultado cortado, que se consumará cuando se ocasione una situación de insolvencia al menos aparente y se dilate o dificulte el proceso. El primer verbo permite entender que el crédito no necesariamente ha de estar vencido y ser exigible[99]. De todas formas, como decía, resulta desproporcionado aplicar la misma pena a quien dificulta que al que impide los citados trámites. Por eso, como decía, sería preferible un solo tipo donde se sancionara la ocultación o disposición, sin precisar que se frustre la ejecución.

Técnicamente es posible la tentativa, aunque al anticiparse la consumación al momento de ocasionar la insolvencia, en el primer número, o dificultar el proceso en el

---

[97] BOIX REIG, J./ANARTE BORRALLO, E., en BOIX REIG, J. (Dir.): Derecho penal…, p. 334.

[98] En la jurisprudencia se ha exigido que se trate, en todo caso, de obligaciones de dar, "*ya que las obligaciones de hacer no son susceptibles, inicialmente de ser exigidas mediante el embargo o procedimiento ejecutivo de apremio. Sólo a través de su cumplimiento sustitutorio se pueden transformar en obligaciones de dar*". STS de 14 de octubre de 2000 (F.J. Único).

[99] Dice la STS de 14 de octubre de 2010, que "*el artículo 257.1.2º del Código vigente define como conducta punible cualquier maniobra del deudor encaminada a dilatar, dificultar o impedir la eficacia de un embargo realizada con la finalidad de perjudicar a sus acreedores. A la vista de su texto podemos establecer que, esta modalidad delictiva, queda consumada cuando concurren los requisitos siguientes: existencia previa de una obligación contraída válidamente que coloca al deudor en situación de tener que hacer frente a las obligaciones asumidas*" (F.J. Único). Asimismo, la SAP de Madrid 748/2015, de 11 de noviembre (F.J.2), dice respecto al delito del artículo 257.1.2º CP que "*debe haber uno o varios derechos de crédito reales y existentes, aunque puede ocurrir que, cuando la ocultación o sustracción se produce, todavía no fueran vencidos o fueran ilíquidos y, por tanto, aún no exigibles, porque nada impide que, ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes*". En este sentido, también, las SSTS 4/2012, de 18 de enero (F.J.6), 867/2013, de 28 de noviembre (F.J.2), y SAP de Granada 466/2015, de 13 de julio (F.J.3). En la doctrina sostienen que no es necesario que el crédito esté vencido, VIVES ANTÓN, T.S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Los delitos de alzamiento de bienes*, p. 117. De igual opinión, GONZÁLEZ RUS, J.J., en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.): Sistema de Derecho penal español…, pp. 537 y 538; y, GONZÁLEZ TAPIA, M.I., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): Comentarios…, p. 608. En cambio, entienden que el artículo 257.1.2º CP sólo es aplicable a deudas vencidas, FARALDO CABANA, P.: Los delitos de alzamiento de bienes…, p. 11; FARALDO CABANA, P., en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): Comentarios al Código penal, p. 995; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Cuestiones fundamentales…, p. 510; y, ROCA, L.: Los delitos de alzamiento de bienes…, p. 97. Asimismo, estiman que el procedimiento debe haberse iniciado, ROBLES PLANAS, R./PASTOR MUÑOZ, N., en SILVA SÁNCHEZ, J.M./RAGUÉS I VALLÉS, R.: Lecciones de Derecho penal…, p. 283. Quintero Olivares señala que posiblemente en el alzamiento de bienes habrá que optar por un criterio objetivable, sea el de la ejecución ya iniciada o sea estableciendo un término temporal entre el hecho y el momento del vencimiento de la obligación. QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F.: Comentarios a la parte especial…, p. 713.

segundo, serán pocas las actuaciones elusivas dirigidas a lograr estos efectos con suficiente entidad para encajarlas en los tipos.

b) Conductas relativas a la responsabilidad civil

> «2. Con la misma pena será castigado quien realizare actos de disposición, contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio u oculte por cualquier medio elementos de su patrimonio sobre los que la ejecución podría hacerse efectiva, con la finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito que hubiere cometido o del que debiera responder».

Esta disposición que antes se contenía en el artículo 258 CP ahora pasa al apartado 2 del artículo 257 CP, lo que determina que se le apliquen las causas de agravación previstas a continuación.

A mi entender el bien jurídico protegido coincide con el del apartado 1, centrándose en los acreedores de la responsabilidad civil derivada del delito[100]. No obstante, su contenido advierte algunos cambios. Se añade la ocultación de bienes comprendida en el apartado 1 y se omite la exigencia explícita de que el responsable se hiciera total o parcialmente insolvente. De todos modos, una interpretación sistemática debe llevar a mantener el requisito de la insolvencia, aparente o real, al igual que en las dos disposiciones anteriores[101], sancionadas con igual pena y en las que no consta tampoco de forma manifiesta. Con esa supresión se ha acabado con la distinción improcedente entre insolvencia total o parcial[102]. Por otra parte, tanto la doctrina como los órganos judiciales han rechazado, con buena lógica, que la mera ocultación de elementos patrimoniales cuando queden otros con los que saldar la deuda baste para colmar el tipo, puesto que no se genera ni aumenta la situación de insolvencia, ni por consiguiente se ven afectados los derechos de los acreedores. Por lo tanto, esa ocultación ha de motivar al menos una apariencia de insolvencia[103]. Por otra parte, la nueva dicción viene a zanjar la vieja polémica en torno al sujeto activo del delito. El artículo 258 CP anterior se refería al "*responsable de cualquier hecho delictivo*", lo que dejaba poco margen para incluir como potenciales autores a los responsables civiles que

---

[100] Queralt Jiménez considera que el bien jurídico protegido es, antes que nada, la Administración de justicia en su vertiente de sistema público de protección y asistencia de las víctimas de los delitos. QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: Derecho penal español..., p. 803.

[101] VIVES ANTÓN, T.S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.): Comentarios al Código penal…, p. 1290.

[102] Como señalaban Vives Antón y González Cussac, "hablar de una insolvencia parcial es un «contradictio in terminis». Pues, en los supuestos aludidos, o el deudor puede hacer frente a sus obligaciones con el patrimonio realizable (y entonces no hay insolvencia), o no puede, y entonces sí la hay". VIVES ANTÓN, T.S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Los delitos de alzamiento de bienes, p. 15.

[103] GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VVAA: Derecho penal…, p. 444.

no hubieran participado en el delito. Este apartado distingue entre los que cometieron el delito y otros responsables civiles, aclarando que ambos pueden realizar el tipo.

La naturaleza de esta modalidad delictiva concuerda con las anteriores, en cuanto delito de peligro que se consuma aunque las responsabilidades civiles finalmente no queden impagadas, y siempre que se dé el paso previo de la insolvencia, caracterizándolo como un delito de resultado cortado. Además, ha de concurrir el elemento subjetivo del tipo integrado por la finalidad de eludir el pago de las responsabilidades civiles, haciendo necesario el dolo directo.

Ahora bien, esta figura presenta una nota diferencial respecto de las previstas en el artículo 257 CP[104]. Como ha reiterado la doctrina, aunque la conducta se puede realizar desde la ejecución del delito que da lugar a la responsabilidad civil, esta obligación nace de la sentencia condenatoria que la declara, de manera que para condenar por el alzamiento de bienes es necesario este fallo[105]. A mi juicio, este es un elemento objetivo del tipo[106] que justifica su tipificación separada, puesto que sin él no existen responsabilidades civiles derivadas del delito[107]. Además, las precisiones que realiza

---

[104] "*En la génesis de ese nuevo delito -alzamiento para eludir el pago de la responsabilidad civil ex delicto- se detecta la voluntad legislativa de salir al paso de esa jurisprudencia que consideraba que únicamente las deudas exigibles eran idóneas a los efectos del antiguo artículo 519. Eso dejaba fuera de su radio de acción las insolvencias provocadas antes del enjuiciamiento de la conducta delictiva de la que nacía la responsabilidad civil. Sin embargo, como se ha dicho, era ya interpretación consolidada desde tiempo antes de la promulgación del nuevo Código penal la admisión del alzamiento ante deudas no vencidas o todavía no declaradas por sentencia*". STS 400/2014, de 15 de abril (F.J.1). En igual dirección, la STS 385/2014, de 23 de abril (F.J.6).

[105] CASTELLÓ NICÁS, N.: El delito de alzamiento de bienes …, pp. 32 y 33; CERES MONTES, J.F.: Las insolvencias punibles…, p. 14; CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (Dir.): Comentarios al Código penal…, p. 880; FARALDO CABANA, P., en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): Comentarios al Código penal, p. 998; GALLEGO SOLER, J.I., en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S.: Comentarios…, pp. 908 y 909; GARCÍA RIVAS, N., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.): Derecho penal español…, p. 376; GONZÁLEZ RUS, J.J., en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.): Sistema de Derecho penal español…, p. 540; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico…, p. 96; MAZA MARTÍN, J.M.: Las insolvencias…, p. 303; OSUNA CEREZO, M.J.: Veinte cuestiones…, p. 37; QUINTERO OLIVARES, G.: Las insolvencias punibles…, p. 520; ROBLES PLANAS, R./PASTOR MUÑOZ, N., en SILVA SÁNCHEZ, J.M./RAGUÉS I VALLÉS, R.: Lecciones de Derecho penal..., pp. 283 y 284; SOUTO GARCÍA, E.M.: Los delitos de alzamiento de bienes…, p. 403; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.S. (Coord.): Manual de Derecho penal..., p. 284; y, VIVES ANTÓN, T.S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Los delitos de alzamiento de bienes, pp. 122 ss. Muñoz Conde precisa también como presupuesto del tipo delictivo la condena penal por el delito originariamente cometido, debiendo el órgano judicial que conozca del alzamiento suspender el procedimiento hasta que se resuelva como cuestión prejudicial si efectivamente hubo o no una obligación. No obstante, matiza que la conducta de alzamiento debe realizarse después de la comisión del delito pero antes de la condena penal, porque en este caso sería de aplicación el art.257.1.1º. MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal…, pp. 398 ss. De igual opinión, FARALDO CABANA, P.: Los delitos de alzamiento de bienes…, p. 11.

[106] De esta opinión, HUERTA TOCILDO, S.: Bien jurídico y resultado…, p. 810; GARCÍA RIVAS, N., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.): Derecho penal español..., pp. 376 y 377; y, MUÑOZ CONDE, F.: El delito de alzamiento…, p. 84.

[107] Entienden que es un tipo innecesario, BAJO, M./BACIGALUPO, S.: Derecho penal económico, p. 394; CADENA SERRANO, F.A.: Relaciones concursales entre los delitos de estafa y alzamiento de bienes, en

respecto a los sujetos del delito y la posibilidad de realizar el alzamiento desde la comisión del hecho delictivo que origina la obligación civil, favorecen la seguridad jurídica.

c) Tipos agravados

«3. Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada[108].

No obstante lo anterior, en el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico pública[109], o se trate de obligaciones pecuniarias derivadas de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, la pena a imponer será de prisión de uno a seis años y multa de doce a veinticuatro meses.

4. Las penas previstas en el presente artículo se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los numerales 5.º o 6.º del apartado 1 del artículo 250.

5. Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara un procedimiento concursal».

En el número 3º se añade la especialidad relativa a los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, dejando claro que en los supuestos descritos es aplicable la agravación[110]. Lo primero que se plantea es a qué obligaciones pecuniarias alude la norma.

Revista Aranzadi Doctrinal, nº 2, 2015, pp. 223 ss.; FARALDO CABANA, P.: Los delitos de alzamiento de bienes…, p. 11; y, LUZÓN CUESTA, J.M.: Compendio de Derecho penal. Parte especial, Dykinson, Madrid, 2015, p. 205. También la STS 400/2014, de 15 de abril (F.J.1).

[108] Consideran superfluo este precepto, SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A./SERRANO TÁRRAGA, M.D./VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: Curso de Derecho penal…, p. 316.

[109] Esta agravación fue introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio. Quintero Olivares ponía de relieve entonces la falta de justificación que suponía, especialmente respecto al alzamiento cometido sobre deudas tributarias en la fase de recaudación. El delito de defraudación tributaria tiene señalada una pena de uno a cinco años de prisión, mientras que el intento de eludir el pago en vía ejecutiva (alzamiento) conlleva la de uno a seis años. QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): La reforma penal de 2010: análisis y comentarios, Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 222 y 223. A esta opinión se sumaba ALTARES MEDINA, P.J.: Los delitos contra el patrimonio en la reforma del Código Penal producida por la LO 5/2010, en Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General de Poder Judicial, nº 42, 2012, pp. 14 y 15. Véase, una crítica a esa diferencia penológica en, SOUTO GARCÍA, E.M.: La incidencia de la reforma penal de la Ley 5/2010, de 22 de junio, sobre los delitos de alzamiento de bienes, en las XIII Jornadas de la Abogacía del Estado: La reforma del Código, penal, celebradas en Madrid del 18 al 19 de noviembre de 2010, pp. 547 ss. <http://www.ecrim.es/publications/2011/ComunicacionAlzamiento.pdf> [Consulta: 21 marzo de 2016].

[110] La inclusión de la norma contenida en este apartado (anterior apartado 2) se debió al debate abierto en la doctrina bajo el Código penal anterior, en torno a si las deudas de Derecho público, como las relativas a la Hacienda Pública o la Seguridad Social, podían dar lugar a un delito de alzamiento de bienes. Algunos autores entendían que este delito presuponía la existencia de paridad entre los sujetos de la relación jurídica obligacional. Al respecto, GARCÍA RIVAS, N., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.): Derecho penal español…, p. 361. Puede verse jurisprudencia anterior a la incorporación de esta disposición en, RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.)/RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G. (Coord.): Código penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias, 5ª edición, La Ley, 2015, p.1398.

Pues bien, en mi opinión las obligaciones económicas que tratan de eludirse no incluyen la multa impuesta por esos delitos[111], puesto que para los casos de incumplimiento está prevista la responsabilidad personal subsidiaria. Por otra parte, no encuentro ninguna razón de peso para aplicar en esos ilícitos en particular el alzamiento de bienes en lugar del régimen común del artículo 53 CP, siendo que hay otros delitos más graves, contra la integridad física, la libertad sexual, la intimidad, etc., sancionados con multa y que en caso de impago se someten a esa norma genérica. Entiendo, pues, que las obligaciones pecuniarias citadas se refieren a la propia deuda tributaria, integrada por la cuota defraudada, los intereses de demora, recargos de aplazamiento y sanciones[112]. De manera que el alzamiento se comete cuando el condenado trata de eludir su pago en el procedimiento ejecutivo. Por eso, un sector doctrinal afirma que el delito fiscal tiene lugar en la fase de liquidación del tributo mientras que el alzamiento de bienes se produce en la fase de recaudación[113]. No obstante, ESQUINAS VALVERDE ha mantenido una interpretación distinta, entendiendo que esta disposición se dirige justamente al impago de la multa y de la responsabilidad civil, de modo que en el primer supuesto si el condenado es insolvente se someterá al régimen de la responsabilidad personal subsidiaria, mientras que si concurren los presupuestos necesarios se aplicará el artículo 257 CP[114].

Por otra parte, me parece injustificada la mayor protección dispensada a las deudas públicas y, en particular, a las derivadas de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, frente a los créditos de particulares, incluyendo los perjudicados por un delito[115]. De forma que quien trata de eludir la responsabilidad civil derivada de aquellos hechos es castigado con una penalidad mayor que el que realiza la misma

---

[111] En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Cuestiones fundamentales…, p. 458; MAZA MARTÍN, J.M.: Las insolvencias…, p. 297; NIETO MARTÍN, A.: Las insolvencias punibles en el Código penal, en Actualidad Penal, nº 40, 1996, p.766; y, QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): La reforma penal de 2010…, pp. 222 y 223.

[112] También Queralt Jiménez incluye las cuotas eludidas y sus intereses, que integran la responsabilidad civil. QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: Derecho penal español…, p. 808.

[113] OSUNA CEREZO, M.J.: Veinte cuestiones…, p. 37; y, SOUTO GARCÍA, E.M.: Los delitos de alzamiento de bienes…, p. 245.

[114] ESQUINAS VALVERDE, P.: La nueva regulación…, p. 3. También, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico…, p. 105.

[115] De esta opinión, ESQUINAS VALVERDE, P.: La nueva regulación…, p. 3; ROCA, L.: Los delitos de alzamiento de bienes…, p. 62; y, SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A./SERRANO TÁRRAGA, M.D./VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: Curso de Derecho penal…, pp. 316 y 317. En cambio, Bacigalupo estima que la protección especial puede estar justificada en la afección de los intereses generales, aunque la agravación parece excesiva. BACIGALUPO, E.: Insolvencia y delito en el Proyecto…, p. 3.

acción con perjudicados privados[116]. Por otra parte, se ha apuntado en la doctrina que con ese incremento de la pena se busca ampliar el plazo de prescripción del alzamiento de bienes respecto a esos delitos contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social[117]. Sin embargo, es obvio que ese no es un motivo válido para aumentar la pena, que se rige por criterios de proporcionalidad.

En el número 4º se sustituye la aplicación de los numerales 1º, 4º y 5º del apartado 1 del artículo 250, por los numerales 5º y 6º. De modo que ahora se agrava la pena cuando "*el valor de la defraudación supere los 50.000 euros, o afecte a un elevado número de personas*", o "*se cometa con abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional*"[118]. La remisión al numeral 1º había sido especialmente criticada, por cuanto los bienes de primera necesidad sobre los que recaía la acción pertenecían al propio deudor[119]. Asimismo, atender al perjuicio y a la situación económica en la que se deje a la víctima y su familia puede tener sentido en la estafa, donde aquélla realiza un acto de disposición de su propio patrimonio, pero carece de fundamento en el alzamiento. De hecho, estoy de acuerdo con el sector doctrinal contrario a trasladar las

[116] La Enmienda nº 221 del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC) y la Enmienda nº 640 del Grupo Parlamentario Socialista (GPS) proponían la supresión del párrafo segundo del apartado 3, "que prevé un tipo agravado y desproporcionado para el caso de que se trate de eludir el pago de deudas de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídica pública. No hay razón para castigar más al empresario que trata de eludir el pago a la Hacienda que al que lo hace con sus trabajadores". Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X Legislatura, 10 de diciembre de 2014, nº 66-2, p. 457; y, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, X Legislatura, 23 de febrero de 2015, nº 475, pp. 313 y 858.

[117] Sin embargo, el propósito de ampliar a 10 años el plazo de prescripción del alzamiento choca con el mantenimiento del límite de la pena actual en 5 años prevista en esos delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social. Véase, BOIX REIG, J./ANARTE BORRALLO, E., en BOIX REIG, J. (Dir.): Derecho penal…, p. 324; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VVAA: Derecho penal…, p. 446; ROCA, L.: Los delitos de alzamiento de bienes…, p. 62; y, ROCA AGAPITO, L./SÁNCHEZ DEFAUCE, M.: Las insolvencia punibles…, p. 287.

[118] Silva Sánchez destacaba la importancia que estos tipos cualificados iba a tener para el ingreso efectivo en prisión. SILVA SÁNCHEZ, J.M.: Los delitos patrimoniales y económico-financieros, en Diario La Ley, nº 7534, 2010, < http://diariolaley.laley.es/Content/ListaResultados.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAFWOwU7DQAxEvyZ7iYpSeuC0BwLcqlCF_ICzcVtLiR3W3tL9exYqUXGw_OQZzfgzYcwDXs3vResJZ7KyV7BIizDBjFrnGoNwlZrmuFsoyOZIDBwIo6jTzMJ58UNM6AxG9U31FLZlHh0ESzC_SvDbH6YLDjD6xkmcMLa5kJ7lq4MLncBIuIV4y1GEGM4HOKHfkxr0qGk2mEQfQNerCyv50fjj11bt4I-LMv1T3rqX927on3uXymt3362hTWbC9_M3Fqzmwg4BAAA=WKE> [Consulta: 18 marzo 2016]

[119] ALTARES MEDINA, P.J.: Los delitos contra el patrimonio…, p. 16; FARALDO CABANA, P.: Los delitos de alzamiento de bienes…, p. 15; GARCÍA RIVAS, N., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.): Derecho penal español…, p. 366; ROCA AGAPITO, L./SÁNCHEZ DEFAUCE, M.: Las insolvencia punibles…, p. 288; y, SOUTO GARCÍA, E.M.: Frustración de la ejecución…, p. 796. También la jurisprudencia había hecho una interpretación restrictiva. Véase, la STS 63/2015, de 18 de febrero (F.J.2).

agravantes de la estafa a este delito, dado que tienen una estructura esencialmente distinta[120].

Finalmente, se mantiene el número 5º[121], donde simplemente se ha sustituido la expresión "*ejecución concursal*" por "*procedimiento concursal*", más precisa para designar la totalidad del concurso.

3. Obstaculización del proceso ejecutivo. La presunción de inocencia y el derecho de defensa

Artículo 258:

> «1. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses quien, en un procedimiento de ejecución judicial o administrativo, presente a la autoridad o funcionario encargados de la ejecución una relación de bienes o patrimonio incompleta o mendaz, y con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor.
>
> La relación de bienes o patrimonio se considerará incompleta cuando el deudor ejecutado utilice o disfrute de bienes de titularidad de terceros y no aporte justificación suficiente del derecho que ampara dicho disfrute y de las condiciones a que está sujeto.
>
> 2. La misma pena se impondrá cuando el deudor, requerido para ello, deje de facilitar la relación de bienes o patrimonio a que se refiere el apartado anterior.
>
> 3. Los delitos a que se refiere este artículo no serán perseguibles si el autor, antes de que la autoridad o funcionario hubieran descubierto el carácter mendaz o incompleto de la declaración presentada, compareciera ante ellos y presentara una declaración de bienes o patrimonio veraz y completa».

Esta disposición constituye una verdadera novedad en el Código penal y determina la nueva rúbrica del Capítulo VII, que con estos tipos aglutina delitos con elementos dispares cuya única nota común es su finalidad última de garantizar los derechos de los acreedores, frente a conductas obstructivas del deudor. Pero en los alzamientos de bienes esos créditos son el objeto de protección, mientras en esta norma

---

[120] ALTARES MEDINA, P.J.: Los delitos contra el patrimonio…, p. 15; BACIGALUPO, E.: Insolvencia y delito en el Proyecto…, p. 3; y, QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): La reforma penal de 2010…, p. 223. También la Enmienda nº 221 del Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC) y la Enmienda nº 640 del Grupo Parlamentario Socialista (GPS) proponían la supresión del apartado 4 del artículo 257 del Proyecto "*que extiende algunos tipos agravados de estafa al alzamiento de bienes por entender que no es adecuada por cuanto que los delitos de estafa o apropiación indebida recaen sobre bienes ajenos, mientras que el alzamiento de bienes lo hace sobre el propio patrimonio*". Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X Legislatura, 10 de diciembre de 2014, nº 66-2, p. 457; y, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, X Legislatura, 23 de febrero de 2015, nº 475, pp. 314 y 859.

[121] Se ha indicado que el fin de esta cláusula es evitar que el deudor eluda su responsabilidad dando comienzo a un procedimiento de concurso. PASTOR MUÑOZ, N., en SILVA SÁNCHEZ, J.M./PASTOR MUÑOZ, N: El nuevo Código penal…, p. 359. No obstante, plantea problemas de cosa juzgada si posteriormente se inicia un proceso por concurso doloso tras una previa condena por alzamiento de bienes, especialmente, si no concurren hechos de bancarrota distintos al alzamiento, existiendo opiniones doctrinales que indican que el principio *non bis in idem* no puede hacer que la insolvencia se enjuicie y castigue dos veces. Sobre este aspecto, CERES MONTES, J.F.: Las insolvencias punibles…, pp. 10 y 11.

se garantiza el proceso ejecutivo, como cauce ineludible para conseguir realizarlos[122]. Así se indica en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, señalando que estas figuras están llamadas a completar la tutela penal de los procedimientos de ejecución y, con ello, del crédito. Por eso, tanto el Consejo Fiscal[123] como el Consejo de Estado[124], recomendaran su inclusión entre los delitos contra la Administración de justicia, lo que en su caso tendría sentido excluyendo el proceso administrativo, aunque como a continuación se verá esta omisión sería incluso razonable. A mi juicio, sin embargo, es más correcta la ubicación adoptada puesto que por medio de esa tutela se quiere asegurar el derecho de crédito reclamado. De hecho a diferencia del artículo 257 CP no se exige que se dilate, dificulte o impida el procedimiento sino la satisfacción del acreedor. Por otra parte, se mantiene una estructura similar a los tipos de dicho precepto.

De todos modos, estas normas presentan algunos inconvenientes de orden práctico, en lo que atañe al procedimiento de ejecución administrativo. Pero, sobre todo, plantea dudas su adecuación a algunos principios constitucionales como el de presunción de inocencia o el derecho a no declarar contra sí mismo.

En el apartado 1 se sanciona a quien presenta una relación de bienes o de patrimonio, incompleta o falsa[125], en un procedimiento de ejecución judicial o administrativo[126]. Se trata, como advierte la doctrina, de una falsedad ideológica, puesto que no hay una alteración física o material del documento sino que se falta a la verdad en lo declarado, que en este caso el legislador ha decidido penalizar, en aras del buen fin del proceso[127]. El problema que se advierte, como apunté, es que en la ejecución

---

[122] Entiende que es un delito contra la Administración de justicia, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico…, p. 108.

[123] 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, de 20 de diciembre de 2012, p. 244.

[124] Dictamen del Consejo de Estado 358/2013, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, de 27 de junio de 2013.

[125] Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua "mendaz" es "mentiroso", adjetivo que se define como "engañoso o falso".

[126] Consideran contrario al principio de intervención mínima sancionar la mera infracción del deber de colaborar sin esconder bienes, MUÑOZ CUESTA, J./RUÍZ DE ERENCHUN, E.: Cuestiones prácticas…, p. 165.

[127] OSUNA CEREZO, M.J.: Veinte cuestiones…, p. 39; y, SÁNCHEZ MELGAR, J.: El nuevo delito de falta de colaboración con el procedimiento de ejecución, en Diario La Ley, nº 8672, 2015, <http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAC1PwU7DMAz9GnKphNoOCXbIpetxQggq7m5i2mgh3mKnrH-PS7Fk-Ul-fu_5VjCvA97FYqxSwYUqjzHINqoviAIbcBRhpAwuUDK8Jkrrtx1yQSMwsq0fnl2j3RpwUiD25Gyz4bDgAKOtDWWPuVsVCQnEd2T7dDganunnFZYwgahyB3kXDd7bfqi12vbYvBzMgpmVYD_DhEnQzGGaz9qy84E58ImiyjNCdvMbTGjPgQXUqegTnvgR-Ho3MV003ccfaz_eL7oiogajpH1nXNTZg-AJIib_H-0X2t_SAy8BAAA=WKE> [Consulta: 21 marzo 2016]; y, SOUTO GARCÍA, E.M.: Frustración de la ejecución …, p. 797.

administrativa ninguna norma prevé la aportación por el deudor de los datos sobre sus bienes[128], ni su reclamación por parte de la autoridad o funcionario competente, de manera que al carecer de cobertura legal esa información patrimonial no tendrá acceso al procedimiento[129]. En el orden judicial sí se regula en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que contempla el requerimiento al ejecutado para que manifieste bienes y derechos suficientes para la ejecución, con apercibimiento de las sanciones que pueden imponérsele, cuando menos por desobediencia grave, en caso de que no presente la relación de sus bienes, incluya en ella bienes que no sean suyos, excluya bienes propios susceptibles de embargo o no desvele las cargas y gravámenes que sobre ellos pesaren. Además, se establece la posibilidad de imponer multas periódicas. En este caso, la cuestión que se suscita es la conjugación entre el delito de desobediencia y el recogido en el artículo 258 CP y en este sentido entiendo que el concurso de normas que se plantea se resolverá con la regla de la especialidad en favor del último precepto, si al desatender el mandato judicial el deudor dilata, dificulta o impide el cobro. Posiblemente, con este precepto se pretenda reforzar esa norma procesal, en la que se dispone que el requerimiento al ejecutado se hará con apercibimiento de las sanciones que pueden imponérsele, "*cuando menos por desobediencia grave*". Precisamente, esta última expresión se interpretó como la facultad de advertir también de la eventual existencia de un delito de alzamiento de bienes[130]. Es decir, la desatención del requerimiento previsto en la ley procesal dará lugar automáticamente a un delito del artículo 258 CP, si se cumplen los presupuestos legales, en lugar de facultar al órgano judicial para que discrecionalmente abra diligencias por un delito de desobediencia, potestad que actualmente está en desuso.

No obstante, me parece acertada la puntualización que hace GALLEGO SOLER cuando señala que aunque la declaración que se presente sea mendaz, si contiene bienes

[128] Por eso, se proponía la supresión de este delito en la Enmienda nº 706 del Grupo Parlamentario Socialista. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X Legislatura, 10 de diciembre de 2014, nº 66-2, p. 458. Véase, también, ESQUINAS VALVERDE, P.: La nueva regulación…, p. 5; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico…, p. 108; y, SOUTO GARCÍA, E.M.: Frustración de la ejecución…, p. 796.

[129] Antes de la reforma se planteaba la posibilidad de sancionar por omisión el delito de alzamiento de bienes en los casos en que el deudor requerido por la autoridad para declarar sus bienes, omitía o se negaba a prestar esta declaración. CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (Dir.): Comentarios al Código penal..., pp. 870 y 871; SOUTO GARCÍA, E.M.: Los delitos de alzamiento de bienes…, pp. 275 ss.; VIVES ANTÓN, T.S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Los delitos de alzamiento de bienes, pp. 57 y 58; y, VIVES ANTÓN, T.S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.): Comentarios al Código penal…, p. 1283.

[130] Véase, BENEYTEZ, L., en BACIGALUPO, E.: Curso de Derecho penal económico, p. 238.

suficientes para pagar no se comete el delito[131]. En tal caso no peligrará el proceso ejecutivo que se procura preservar, ni los derechos de los acreedores.

En el segundo párrafo se define lo que se entiende por declaración incompleta[132], considerando que concurre cuando el deudor utiliza o disfruta de bienes de terceros sin justificar el derecho que lo ampara y las condiciones. Esta declaración ha de dilatar, dificultar o impedir la satisfacción del acreedor. Poniendo en conexión estos dos presupuestos, se deduce que el objetivo de exigir esa acreditación es comprobar si efectivamente son bienes de otra persona o si en realidad se ha dado esta apariencia para sustraerlos a la ejecución. En definitiva, pues, se presume que pertenecen al deudor y se le insta a justificar el título que avala su uso. Por lo tanto, se invierte la carga de la prueba y es el inculpado quien ha de demostrar que no está realizando maniobras obstativas del proceso, sustrayendo elementos patrimoniales a la ejecución. Esta norma resulta contraria al principio de presunción de inocencia[133], que según ha declarado el Tribunal Constitucional implica que sea la acusación quien pruebe la culpabilidad más allá de toda duda razonable[134]. También en Alemania las presunciones legales en los delitos económicos se estiman contrarias a dicho principio, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que vulneran el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando perjudican al acusado[135].

En el apartado 2 se aplica la misma pena cuando el deudor deje de facilitar la relación de bienes o patrimonio que se le hubiera requerido. De manera que esta

---

[131] GALLEGO SOLER, J.I., en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S.: Comentarios…, p. 911.

[132] QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: Derecho penal español…, p. 810.

[133] Así lo entendía el Consejo General del Poder Judicial, cuestionando su constitucionalidad. Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 16 de enero de 2013, p. 39. En el mismo sentido se pronunciaban, BACIGALUPO, E.: Insolvencia y delito en el Proyecto…, p. 4; y, MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: La reforma del Código penal de 2015…, p. 227. Considera esta presunción desproporcionada, MUÑOZ CUESTA, J.: Frustración de la ejecución…, p. 5. En contra, por entender que se trataría de un delito de alzamiento de bienes, SÁNCHEZ MELGAR, J.: El nuevo delito de falta de colaboración…, <http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAC1PwU7DMAz9GnKphNoOCXbIpetxQggq7m5i2mgh3mKnrH-PS7Fk-Ul-fu_5VjCvA97FYqxSwYUqjzHINqoviAIbcBRhpAwuUDK8Jkrrtx1yQSMwsq0fnl2j3RpwUiD25Gyz4bDgAKOtDWWPuVsVCQnEd2T7dDganunnFZYwgahyB3kXDd7bfqi12vbYvBzMgpmVYD_DhEnQzGGaz9qy84E58ImiyjNCdvMbTGjPgQXUqegTnvgR-Ho3MV003ccfaz_eL7oiogajpH1nXNTZg-AJIib_H-0X2t_SAy8BAAA=WKE> [Consulta: 21 marzo 2016]. Acerca del principio de presunción de inocencia y la prohibición de presunciones, *iuris et de iure* y *iuris tantum*, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J.R.: Los motivos del recurso de casación en la doctrina de los Tribunales Supremo y Constitucional, en Estudios de Derecho Judicial, nº 150, 2008, pp. 60 ss.

[134] SSTC 109/1986, de 24 de septiembre (F.J.1), 126/1986, de 22 de octubre (F.J.1), 259/1994, de 3 de octubre (F.J.2), y, 111/1999, de 14 de junio (F.J.2).

[135] TIEDEMANN, K.: Manual de Derecho penal económico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 72 y 73.

omisión recibe igual sanción que la presentación de documentos falsos. Pero, además, en esta norma no se precisa que ese incumplimiento dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor. Pese a ello, entiendo que una interpretación sistemática y teleológica, atendiendo a la finalidad última de salvaguardar los derechos de los acreedores, lleva a mantener este presupuesto, puesto que sin él la pena resultaría excesiva.

Al igual que los previstos en el artículo 257 CP, son delitos de peligro para la efectividad del proceso ejecutivo, y de resultado cortado[136], que en estos casos consiste en una obstaculización del cobro por parte del acreedor. Son también delitos especiales que sólo puede cometer el deudor.

El apartado 3 recoge una excusa absolutoria que persigue incentivar la aportación de una declaración patrimonial verdadera y completa, en beneficio de los acreedores, antes de tener que iniciar el engranaje de un proceso penal para sancionar la conducta falsaria u omisiva.

Por lo demás, si la presentación de una declaración mendaz o incompleta va acompañada de un delito de alzamiento de bienes habrá un concurso de normas que se resolverá con la consunción de esa conducta en este delito. Más dudosa es la concurrencia con la modalidad puramente omisiva, pero entiendo que la solución ha de ser la misma en tanto por los dos caminos se trata de asegurar la eficacia del alzamiento.

A la vista de esta regulación creo que cabe cuestionar la adecuación de convertir en delito tanto la presentación de información falaz o incompleta, como la falta de aportación documental. En ocasiones la ocultación de bienes o ingresos puede deberse a la intención de no revelar su procedencia delictiva, por ejemplo de un delito contra la Hacienda pública, tráfico de drogas, cohecho, etc. De modo que obligarle a declarar esas ganancias supone exigirle que destape el ilícito cometido, bajo la amenaza de incurrir en este delito en caso de no hacerlo. Esto plantea dudas desde la perspectiva del derecho a no declarar contra sí mismo del artículo 24.2 CE.

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha limitado este derecho al ámbito del proceso penal y de las actuaciones dirigidas a la eventual determinación de responsabilidades penales. De manera, que no ampara al deudor en el proceso de

[136] Sobre este punto, SOUTO GARCÍA, E.M.: Los delitos de alzamiento de bienes…, pp. 295 ss.

ejecución, quien deberá aportar la relación de bienes requerida o, de lo contrario, incurrirá en el delito del artículo 258 CP.

En este sentido, el Tribunal Constitucional tiene declarado lo siguiente:

> "los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable..., son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable" [137].

Sin embargo, ha establecido dos tipos de restricciones, por una parte, su campo de aplicación y, por otra, su limitación a los casos en que la declaración incrimine directamente a quien la realiza:

> "por su propia inclusión en el art. 24.2 CE, entre las garantías que disciplinan el proceso penal, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable sólo puede desplegar sus efectos en el marco de un proceso penal en curso o ante la existencia de actuaciones dirigidas a la eventual determinación de responsabilidades penales, y, además, con el fin de garantizar que nadie se vea compelido contra su voluntad a prestar declaración que le incrimine directamente".

En consecuencia, en el ámbito fiscal ha señalado que no exime de la obligación de declarar de modo veraz:

> "la obligación genérica de prestar verazmente las correspondientes declaraciones tributarias resulta ajena al contenido del derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable, ya que, por una parte, es una exigencia que no queda enmarcada en ningún concreto procedimiento penal en curso ni vinculada a la determinación de eventuales responsabilidades penales…; y, por otra, la obligación tributaria de declaración veraz sobre las rentas percibidas no supone compeler a realizar una manifestación de voluntad cuyo contenido admita directamente la culpabilidad por ningún hecho ilícito"[138].

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, respecto a la declaración de ganancias no justificadas:

> "el temor a que la declaración fiscal, al incluir ganancias de difícil justificación o bienes adquiridos con fondos de ilícita procedencia, pueda contribuir al afloramiento de actividades ilícitas no puede configurarse como una causa privilegiada de exención de la obligación de declarar, supuestamente amparada en un derecho constitucional y de la que se beneficiarían los ciudadanos incumplidores de la ley en detrimento de los respetuosos del Derecho, pues no nos encontramos ante «contribuciones de contenido directamente incriminatorio»"[139].

---

[137] STC -Pleno- 197/1995, de 21 de diciembre (F.J.6), STC 18/2005, de 1 de febrero (F.J.2), STC 68/2006, de 13 de marzo (F.J.2), y STC -Pleno- 199/2013, de 5 de diciembre (F.J.4).

[138] ATC 39/2003, de 10 de febrero (F.J.8).

[139] "*Como se deduce de la STC 161/1997, de 2 de octubre, en el análisis de los efectos del derecho a no declarar y del derecho de defensa constitucionalmente garantizados ha de distinguirse una diversidad de perspectivas en el propio seno del artículo 24.2 CE. Mientras la derivada de los derechos a la no declaración y a la no confesión es, desde cierto punto de vista, más restringida, pues puede considerarse que comprende únicamente la interdicción de la compulsión del testimonio contra uno mismo, mayor amplitud tiene la prohibición de compulsión a la aportación de elementos de prueba que tengan o puedan*

Así pues, el ejecutado deberá aportar la información requerida, aunque refleje una actuación ilícita, o asumir la condena por el nuevo tipo. Pese a ello, considero que deberían intentarse las vías no penales antes de crear estos delitos, atendiendo al principio de intervención mínima.

4. Uso de bienes embargados sin autorización

Artículo 258 bis CP:

> «Serán castigados con una pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a veinticuatro meses, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, quienes hagan uso de bienes embargados por autoridad pública que hubieran sido constituidos en depósito sin estar autorizados para ello.»

Para completar la tutela del proceso ejecutivo se tipifica el uso por parte del depositario de los bienes embargados sin autorización. El mayor problema que plantea esta figura es el deslinde del delito de malversación impropia del artículo 435.3 CP, que declara extensivas las disposiciones de este capítulo a los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares. A su vez, el artículo 432 CP se remite al artículo 252 CP, donde se sanciona a los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

Para tratar de diferenciar esas figuras, se han apuntado en la doctrina varios criterios. Algunos autores han excluido del artículo 258 bis CP a los depositarios,

---

tener en el futuro valor incriminatorio contra él así compelido, derivada del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia. Esta amplitud, sin embargo, debe someterse a un doble tamiz en el complejo equilibrio de garantías e intereses que se concitan en el procedimiento sancionador: las garantías frente a la autoincriminación se refieren en este contexto solamente a las contribuciones del imputado o de quien pueda razonablemente terminar siéndolo y solamente a las contribuciones que tienen un contenido directamente incriminatorio. Así, tal garantía no alcanza a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva. Los mismos efectos de desequilibrio procesal, en detrimento del valor de la justicia, y de entorpecimiento de las legítimas funciones de la Administración, en perjuicio del interés público, podría tener la extensión de la facultad de no contribución a cualquier actividad o diligencia con independencia de su contenido o de su carácter, o la dejación de la calificación de los mismos como directamente incriminatorios a la persona a la que se solicita la contribución. En suma, como indican el prefijo y el sustantivo que expresan la garantía de autoincriminación, la misma se refiere únicamente a las contribuciones de contenido directamente incriminatorio". STS 20/2001, de 28 de marzo (F.J.23).

aplicándolo al deudor cuando el bien ha sido depositado en manos de un tercero[140]. Sin embargo, la propia Exposición de Motivos de la ley de reforma indica que en esta figura se tipifica *"la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la autoridad".* Por lo tanto, la disposición se refiere al depositario[141]. Incluso, se ha exigido que con ese uso al menos se dilate o dificulte la realización de los derechos de crédito[142]. Pero la norma no lo requiere y contempla una pena menor que en el artículo anterior, por lo que entiendo que no puede exigirse.

A partir de estas premisas, se apunta que concurre un concurso de normas que debería resolverse por especialidad, pero que se hará por alternatividad por disposición del artículo 258 bis CP[143]. Sin embargo, en el artículo 252 CP se requiere que se cause un perjuicio al patrimonio administrado, aplicando penas mayores. En cambio, en el artículo 258 bis CP se sanciona el mero uso, sin precisar ningún daño, por lo que se aplica una sanción inferior. En definitiva, se castiga al depositario del bien, sea el deudor o un tercero, que lo utilice sin autorización. Es un delito de mera actividad y de peligro que no requiere resultado alguno, ni respecto al procedimiento ejecutivo ni para el acreedor. Si se produce un perjuicio, entonces surgirá el concurso de normas con la malversación impropia, a resolver por la regla de la alternatividad.

Por otra parte, si el dueño de la cosa la sustrae de quien la tiene legítimamente en su poder, cuando el depositario es un tercero, y le causa un perjuicio, resultará de aplicación el artículo 236 CP. No obstante, si el valor de la cosa sustraída no excediera de 400 euros, regirá el artículo 258 bis CP que prevé una pena mayor.

5. Responsabilidad de las personas jurídicas

Artículo 258 ter CP:

> «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

[140] ESQUINAS VALVERDE, P.: La nueva regulación…, p. 8; LUZÓN CUESTA, J.M.: Compendio de Derecho penal…, p. 209; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: Derecho penal español…, p. 808; y, SOUTO GARCÍA, E.M.: Frustración de la ejecución…, p. 800.

[141] De este parecer, también, GALLEGO SOLER, J.I., en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S.: Comentarios…, p. 911; y, MUÑOZ CUESTA, J.: Frustración de la ejecución…, p. 7.

[142] LUZÓN CUESTA, J.M.: Compendio de Derecho penal…, p. 209

[143] OSUNA CEREZO, M.J.: Veinte cuestiones…, p. 41; y, SOUTO GARCÍA, E.M.: Frustración de la ejecución…, p. 801. También Muñoz Conde señala que el artículo 258 bis CP es una alternativa al artículo 435.3 CP, para los casos en que no se pueda demostrar que hubo apropiación indebida o Administración desleal de los bienes embargados, pero sí un uso indebido de los mismos. De ahí la salvedad en cuanto a la pena. MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal…, p. 403.

> a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
>
> b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.
>
> c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.
>
> Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b a g del apartado 7 del artículo 33.»

Esta norma reproduce el contenido del anterior artículo 261 bis CP, que era aplicable a todas las insolvencia punibles.

La multa máxima de dos a cinco años se aplicará sólo cuando la correspondiente a la persona física sea de prisión superior a cinco años, lo que únicamente sucede cuando la obligación pecuniaria que trata de eludirse es de Derecho público y la acreedora es una persona jurídica. En los demás casos de alzamiento de bienes se aplicará la multa de uno a tres años[144].

En cuanto a las penas pecuniarias aplicadas un sector doctrinal ha apuntado la conveniencia de sustituirlas por otras del listado del artículo 33.7 CP, en tanto agravan la situación económica de la empresa y ello va en detrimento de los acreedores[145].

6. Conclusiones

La Ley Orgánica 1/2005, de 30 de marzo, ha acabado con la regulación unitaria de las insolvencias punibles y ha dedicado un capítulo independiente a la «Frustración de la ejecución», en el que incluye los delitos de alzamiento de bienes junto a otras figuras dirigidas a proteger el proceso ejecutivo.

Sin embargo, a mi modo de ver, esos cambios sistemáticos no conllevan modificaciones sustanciales en los tipos tradicionales. La supresión de la referencia a la insolvencia, tanto en la rúbrica de estos delitos como en la redacción del artículo 257.2 CP, no implica la eliminación de este presupuesto clásico, pese a la línea judicial abierta en los últimos años, consistente en exigir que se dificulte seriamente el cobro. La penalidad no se ha visto reducida, sino que al contrario, se ha elevado en algunos casos, y no se han introducido otros cambios distintos al puramente nominal que conduzcan a prescindir de esa exigencia. Tanto el alzamiento básico como el dirigido a frustrar la ejecución se han mantenido inalterados, sancionándose con igual pena, lo que aconseja una interpretación sistemática que los equipare en cuanto a sus requisitos esenciales. Por

[144] SOUTO GARCÍA, E.M.: Frustración de la ejecución…, p. 802.
[145] OSUNA CEREZO, M.J.: Veinte cuestiones…, p. 42.

otra parte, la desaparición de la mención a la insolvencia total o parcial en la norma relativa a la responsabilidad civil acaba con una distinción desacertada que había recibido numerosas críticas. La insolvencia real o ficticia sigue siendo, pues, una exigencia en los tipos de alzamiento de bienes.

En cambio, sí se han introducido algunas variaciones menores en estos delitos. Se aclara que podrán cometer el alzamiento específico todos los responsables civiles, y se aplican a esta modalidad las cualificaciones que antes sólo regían para los tipos genéricos. Además, en el catálogo de circunstancias agravantes, se elimina la remisión a la regulada en el número 1º del artículo 250 CP, que había sido unánimemente censurada. Sin embargo, no se aprovecha la ocasión para suprimir la aplicación de estas normas propias de la estafa al alzamiento, como habría sido deseable. Asimismo, se mantiene el incremento penológico para los supuestos en que la acreedora es una persona jurídica pública y la obligación pecuniaria es también de Derecho público. Pero, en esta disposición se incluyen ahora expresamente las procedentes de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social. A mi juicio, esta norma introduce una distinción infundada entre estas entidades y los perjudicados por otros delitos respecto al cobro de la responsabilidad civil.

Por otra parte, creo que se podía haber aprovechado la reforma para condensar en una sola fórmula los dos tipos recogidos en el artículo 257.1 CP, siguiendo el modelo del § 288 StGB, aunque con un contenido más amplio comprensivo de las maniobras elusivas realizadas cuando aún no es inminente la ejecución.

Ahora bien, junto a los delitos de alzamiento de bienes, la Ley Orgánica 1/2005 ha introducido tipos novedosos que tratan de tutelar el procedimiento ejecutivo. De esta forma, se reúnen bajo un mismo título figuras con bienes jurídicos distintos, aunque motivadas por el fin último de proteger a los acreedores, rompiendo la uniformidad que había caracterizado a las insolvencias punibles. En estos nuevos delitos se equiparan conductas de diversa gravedad, quebrando las exigencias del principio de proporcionalidad. Por otra parte, la aplicación de estas normas a los procesos de ejecución administrativos presenta inconvenientes, por cuanto en este orden no se regula un trámite para que el deudor aporte esa documentación al proceso, de suerte que difícilmente podrá castigarse su no presentación o la declaración de datos irregulares.

En esas normas se especifica, además, que la relación de bienes o patrimonio se considerará incompleta cuando el deudor ejecutado utilice o disfrute de bienes de

titularidad de terceros y no aporte justificación suficiente del derecho que ampara dicho disfrute y de las condiciones a que está sujeto. En la medida en que se trata de asegurar el proceso ejecutivo, hay que entender que se está indagando acerca de los bienes del deudor, puesto que son los únicos embargables. De manera que se presume que en realidad le pertenecen y se le obliga a acreditar que son de un tercero, demostrando el título que le habilita para usarlos. Se introduce una inversión de la carga de la prueba que conculca el derecho a la presunción de inocencia, en los términos que lo ha interpretado el Tribunal Constitucional.

Asimismo, se penaliza al depositario de los bienes embargados que los utiliza sin autorización, pero a diferencia del § 136 StGB no se requiere que se cause ningún perjuicio. Este adelanto en la barrera de protección no me parece ajustado al principio de intervención mínima.

En definitiva, entiendo que las penas previstas en los artículos 258 y 258 bis CP, no son proporcionadas y que deberían agotarse las vías extrapenales, algunas contempladas ya en la legislación procesal y que paradójicamente no se aplican, antes de recurrir al Derecho punitivo. En el ordenamiento alemán, al que nuestro legislador ha seguido en algunos aspectos, no se penalizan más que las conductas fraudulentas del deudor cuando el proceso ejecutivo es ya inminente, sin que se contemple ninguna norma semejante a las previstas en aquellos preceptos. Esto refuerza la idea de que deben buscarse mecanismos más eficaces para procurar el cobro antes de acudir al proceso penal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALTARES MEDINA, P.J.: Los delitos contra el patrimonio en la reforma del Código Penal producida por la LO 5/2010, en Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General de Poder Judicial, nº 42, 2012.

ARROYO ZAPATERO, L./GÓMEZ DE LA TORRE, I.B./FERRÉ OLIVÉ, J.C./GARCÍA RIVAS, N./SERRANO PIEDECASAS, J.R./TERRADILLOS BASOCO, J. Mª. (Dir.): Comentarios al Código penal, Iustel, Madrid, 2007.

BACIGALUPO, E.: Insolvencia y delito en el Proyecto de Reformas del Código Penal de 2013, en Diario La Ley, nº 8303, 2014, < http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/aplicaciones/boletin/publico/boletin60/Articulos_60/Bacigalupo.pdf> [Consulta: 14 marzo 2016].

BAJO, M./BACIGALUPO, S.: Derecho penal económico, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.

BENEYTEZ, L., en BACIGALUPO, E.: Curso de Derecho penal económico, 2ª edición, Marcial Pons, 2005.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, J.R.: Los motivos del recurso de casación en la doctrina de los Tribunales Supremo y Constitucional, en Estudios de Derecho Judicial, nº 150, 2008.

BOIX REIG, J./ANARTE BORRALLO, E., en BOIX REIG, J. (Dir.): Derecho penal. Parte especial, Vol. II, Iustel, 2012.

CADENA SERRANO, F.A.: Relaciones concursales entre los delitos de estafa y alzamiento de bienes, en Revista Aranzadi Doctrinal, nº 2, 2015.

CASTELLÓ NICÁS, N.: El delito de alzamiento de bienes del artículo 257.2 del Código penal (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo): naturaleza jurídica y exigencia de declaración de responsabilidad civil en sentencia condenatoria previa, en Cuadernos de Política Criminal, nº 115, 2015.

CERES MONTES, J.F.: Las insolvencias punibles: arts. 257 a 261 del Código penal, en Estudios de Derecho Judicial, nº 93, 2006.

CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (Dir.): Comentarios al Código penal. Parte especial, Tomo I, Marcial Pons, Barcelona, 2004.

CUESTA MERINO, J.L.: La instrucción de las insolvencias punibles, en Estudios de Derecho Judicial, nº 64, 2004.

DEL ROSAL BLASCO, B.: Las insolvencias punibles, a través del análisis del delito de alzamiento de bienes, en el Código penal, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 47, 1994.

ESQUINAS VALVERDE, P.: La nueva regulación de los delitos de alzamiento de bienes en el Anteproyecto de Código Penal de 2012/2013, en La Ley penal, nº 5, 2013, < http://www.smarteca.es/Reader/Reader/Home> [Consulta: 21 marzo 2016].

FARALDO CABANA, P.: Los delitos de insolvencia fraudulenta y de presentación de datos falsos ante el nuevo derecho concursal y la reforma penal", en Estudios Penales y Criminológicos, Vol. XXIV, 2002-2003, <http://hdl.handle.net/10347/4085> [Consulta: 19 marzo 2016].

FARALDO CABANA, P., en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.): Comentarios al Código penal, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2011.

FARALDO CABANA, P.: Los delitos de alzamiento de bienes en el Proyecto de reforma del Código penal de 2013, en Revista Aranzadi Doctrinal, nº 6, 2014.

FISCHER, T.: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, C.H. Beck, München, 2012.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VVAA: Derecho penal. Parte especial, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

GALLEGO SOLER, J.I., en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S.: Comentarios al Código penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

GARCÍA RIVAS, N., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.): Derecho penal español. Parte especial (II), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

GONZÁLEZ RUS, J.J., en COBO DEL ROSAL, M. (Coord.): Derecho penal español. Parte especial, Dykinson, Madrid, 2005.

GONZÁLEZ RUS, J.J., en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.): Sistema de Derecho penal español. Parte especial, Dykinson, Madrid, 2011.

GARCÍA SÁNCHEZ, A.: La función social de la propiedad en el delito de alzamiento de bienes, Comares, Granada, 2003.

GONZÁLEZ TAPIA, M.I., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): Comentarios al Código penal, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 1999.

HUERTA TOCILDO, S.: Bien jurídico y resultado en los delitos de alzamiento de bienes, en CEREZO MIR, J. (Ed.): El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al profesor Doctor Don Angel Torío López, Comares, Granada, 1999.

JAÉN VALLEJO, M./PERRINO PÉREZ, Á.L.: La reforma penal de 2015, Dykinson, Madrid, 2015.

JORGE BARREIRO, A.G.: El delito de alzamiento de bienes. Problemas prácticos, en Cuadernos de Derecho Judicial, II-2003.

KINDHÄUSER, U./NEUMANN, U./PAEFFGEN, H.U.: Strafgesetzbuch, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 4ª Auflage, 2013.

KUDLICH, H., en SATZGER, H./SCHMITT, B./WIDMAIER, G.: Strafgesetzbuch Kommentar, 1ª Auflage, Carl Heymanns, 2009.

LUZÓN CUESTA, J.M.: Compendio de Derecho penal. Parte especial, Dykinson, Madrid, 2015.

MAGRO SERVET, V.: El delito de alzamiento de bienes. Análisis de los artículos 257 y 258 CP. Posición actual de la jurisprudencia, en Estudios de Derecho Judicial, nº 54, 2004.

MAGRO SERVET, V.: Delitos socioeconómicos, El Derecho, Madrid, 2010.

MAIER, S., en ROLAND HEFENDEHL, R./HOHMANN, O.: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 5, C.H. Beck, 2ª Auflage, München, 2014.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: La reforma del Código penal de 2015. Conforme a la Leyes Orgánicas 1 y 2/2015, de 30 de marzo, La Ley, Madrid, 2015.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Cuestiones fundamentales del delito de alzamiento de bienes, en Estudios Penales y Criminológicos, nº XXIV, 2002-2003.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: Derecho penal económico y de la empresa, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MAZA MARTÍN, J.M.: Las insolvencias punibles, en Cuadernos de Derecho Judicial, nº 5, 1998.

MESTRE DELGADO, E., en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.): Derecho penal. Parte especial, 6ª edición, Colex, Madrid, 2011.

MESTRE DELGADO, E., en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.): Delitos y faltas. La parte especial del Derecho penal, Colex, Madrid, 2012.

MONGE FERNÁNDEZ, A.: El delito concursal punible, ¿una solución penal a un problema mercantil?, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MONTERO DOMÍNGUEZ, A.: Situación actual y perspectivas de la regulación de las medidas cautelares en el ámbito tributario, en Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, nº 7, 2014.

MUÑOZ CONDE, F.: El delito de alzamiento de bienes, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1999.

MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal. Parte especial, 20 edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MUÑOZ CUESTA, J.: Frustración de la ejecución: una nueva forma de protección del acreedor, Revista Aranzadi Doctrinal, nº 9, 2015, <https://www.westlawinsignis.es/maf/app/document?srguid=i0ad6007a000001539e33aead680f9257&marginal=BIB\2015\4746&docguid=Iff683d7060ca11e58f0d010000000000&ds=ARZ_LEGIS_CS&infotype=arz_biblos;&spos=1&epos=1&td=2&predefinedRelationshipsType=documentRetrieval&fromTemplate=&suggestScreen=&&selectedNodeName=&selec_mod=false&displayName=> [Consulta: 21 marzo 2016]

MUÑOZ CUESTA, J./RUÍZ DE ERENCHUN, E.: Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015, Aranzadi, Navarra, 2015.

NIETO MARTÍN, A.: Las insolvencias punibles en el Código penal, en Actualidad Penal, nº 40, 1996.

ODEBRALSKI, N.: Vereiteln der Zwangsvollstreckung, 23 de diciembre de 2011, <http//www.anwalt.de/rechtstipps> [Consulta: 17 febrero 2016].

ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Compendio de Derecho penal. Parte general y especial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

OSUNA CEREZO, M.J.: Veinte cuestiones sobre los delitos de hurto, robo, estafa e insolvencia punible, en Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, nº 30, 2015.

PAREDES CASTAÑÓN, J.M.: Lo objetivo y lo subjetivo en el tipo del delito de alzamiento de bienes, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coord.): El nuevo Derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Pamplona, 2001.

PASTOR MUÑOZ, N., en SILVA SÁNCHEZ, J.M./PASTOR MUÑOZ, N: El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma, La Ley, Madrid, 2012.

PEREZ VALENZUELA, J.: El egoísmo antisocial y el delito de alzamiento de bienes <http//www.fundacionmarianoruizfunes.com> [Consulta: 2 marzo 2016].

QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: Derecho penal español. Parte especial, 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

QUINTERO OLIVARES, G.: Las insolvencias punibles en el Derecho penal español, en Manuales de Formación Continuada, nº 14, 2001.

QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): La reforma penal de 2010: análisis y comentarios, Aranzadi, Pamplona, 2010.

QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F.: Comentarios a la parte especial del Derecho penal, 9ª edición, Aranzadi, pamplona, 2011.

ROBLES PLANAS, R./PASTOR MUÑOZ, N., en SILVA SÁNCHEZ, J.M./RAGUÉS I VALLÉS, R.: Lecciones de Derecho penal. Parte especial, Atelier, Barcelona, 2015.

ROCA, L.: Los delitos de alzamiento de bienes (examen de los artículos 257 y 258 del Código penal), en Anuario de Derecho Concursal, nº 22, 2011.

ROCA AGAPITO, L./SÁNCHEZ DEFAUCE, M.: Las insolvencia punibles y la reforma de 2010, en ÁLVAREZ GARCÍA, J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Comentarios a la Reforma Penal de 2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M./SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho penal español. Parte especial, 18 edición, Dykinson, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.)/RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G. (Coord.): Código penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias, 5ª edición, La Ley, 2015.

SÁNCHEZ MELGAR, J.: El nuevo delito de falta de colaboración con el procedimiento de ejecución, en Diario La Ley, nº 8672, 2015, <http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAC1PwU7DMAz9GnKphNoOCXbIpetxQggq7m5i2mgh3mKnrH-PS7Fk-Ul-fu_5VjCvA97FYqxSwYUqjzHINqoviAIbcBRhpAwuUDK8Jkrrtx1yQSMwsq0fnl2j3RpwUiD25Gyz4bDgAKOtDWWPuVsVCQnEd2T7dDganunnFZYwgahyB3kXDd7bfqi12vbYvBzMgpmVYD_DhEnQzGGaz9qy84E58ImiyjNCdvMbTGjPgQXUqegTnvgR-Ho3MV003ccfaz_eL7oiogajpH1nXNTZg-AJIib_H-0X2t_SAy8BAAA=WKE> [Consulta: 21 marzo 2016].

SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A.: Derecho penal: parte especial, 15ª edición, Dykinson, Madrid, 2010.

SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A./SERRANO TÁRRAGA, M.D./VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C.: Curso de Derecho penal. Parte especial, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2015.

SCHUSTER, H./HECKER, H., en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H.: Strafgesetzbuch Kommentar, 29 Auflage, C.H. Beck, München, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, J.M.: Los delitos patrimoniales y económico-financieros, en Diario La Ley, nº 7534, 2010, < http://diariolaley.laley.es/Content/ListaResultados.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAFWOwU7DQAxEvyZ7iYpSeuC0BwLcqlCF_ICzcVtLiR3W3tL9exYqUXGw_OQZzfgzYcwDXs3vResJZ7KyV7BIizDBjFrnGoNwlZrmuFsoyOZIDBwIo6jTzMJ58UNM6AxG9U31FLZlHh0ESzC_SvDbH6YLDjD6xkmcMLa5kJ7lq4MLncBIuIV4y1GEGM4HOKHfkxr0qGk2mEQfQNerCyv50fjj11bt4I-LMv1T3rqX927on3uXymt3362hTWbC9_M3Fqzmwg4BAAA=WKE> [Consulta: 21 marzo 2016]

SOTO NIETO, F.: Alzamiento de bienes. Aspectos varios de su dinámica delictiva, en Diario La Ley, nº 5555, 2002.

SOUTO GARCÍA, E.M.: Los delitos de alzamiento de bienes en el Código penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

SOUTO GARCÍA, E.M.: La incidencia de la reforma penal de la Ley 5/2010, de 22 de junio, sobre los delitos de alzamiento de bienes, en las XIII Jornadas de la Abogacía del Estado: La reforma del Código penal, celebradas en Madrid del 18 al 19 de noviembre de 2010. <http://www.ecrim.es/publications/2011/ComunicacionAlzamiento.pdf> [Consulta: 21 marzo de 2016].

SOUTO GARCÍA, E.M.: Frustración de la ejecución e insolvencias punibles (arts. 257 y ss), en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.): Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C.S. (Coord.): Manual de Derecho penal. Tomo II. Parte especial, 6ª edición, Civitas, Pamplona, 2011.

TERRADILLOS BASOCO, J.M.: Insolvencias punibles: en torno a la sentencia del Tribunal Supremo (2ª) de 9 de 10 de junio de 1999, en Revista de Derecho Social, nº 9, 2000.

TIEDEMANN, K.: Manual de Derecho penal económico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

VAZQUEZ IRUZUBIETA, C.: Código penal comentado, Atelier, Barcelona, 2015.

VIVES ANTÓN, T.S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Los delitos de alzamiento de bienes, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

VIVES ANTÓN, T.S./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.): Comentarios al Código penal de 1995, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

WINARZKI, M.: Vollstreckungsvereitelung: Das müssen Sie wissen, Revista del IWW Institut (Institut für Wissen in der Wirtschaft), nº 5, 2006, <http://www.iww.de/ve/archiv/schuldnerstrategien-durchkreuzen-vollstreckungsvereitelung-das-muessen-sie-wissen-f32652> [Consulta: 8 febrero 2016].

* * * * * *

Ponencias mantenidas en el XIX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, Univ. de Alcalá*

Prof. Dr. Vittorio Manes

Catedrático de Derecho Penal. Univ. de Bolonia; Italia. Socio de la FICP.

~"*Common law-isation* del diritto penale"? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future~

I. PREMESSA

1. E' un fiume in piena, quello della legalità penale, e ormai da tempo scorre impetuoso tra il diritto delle Corti – le *Court-made doctrines* – e gli argini sempre più fragili dell'ordinamento interno.[1]

In questo flusso inter-giurisprudenziale, le *cross-constitutional influences* – nel modificare l'"ordinamento costituzionale"[2] - stanno ridefinendo anche la struttura del *nullum crimen sine lege*, secondo una sagoma molto distante dal modello "rigido", legalistico e Stato-centrico ereditato dall'illuminismo giuridico, e sempre più vicina al paradigma *flou*,[3] sostanzialistico e *Rights-based* accolto nella giurisprudenza della Corte EDU,[4] dove il diritto giurisprudenziale ha ormai guadagnato un ruolo coprotagonistico al fianco della legge.

Quello che va profilandosi è ormai un *modello ibrido* di legalità, frutto di una contaminazione con moduli e dispositivi (originariamente) di *common law*,[5] dove taluni

---

* Celebrado en Alcalá con fecha de 2 y 3 de junio de 2016. Evento organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y FICP, y dirigido por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña. Pueden consultarse las actas del Seminario en la página web de la FICP www.ficp.es en la sección de Actas de Congresos y Seminarios.

[1] In sintonia con la seducente metafora di P. GAETA, Rapporti tra fonti europee e Cassazione in tema di legalità: alcune icone, relazione al convegno di Parma, 9/10 ottobre 2015, in corso di pubblicazione.

[2] Sull'impatto del "contesto normativo" e delle fonti sovranazionali sull'"ordinamento costituzionale", cfr. ora l'ampio affresco di A. BARBERA, voce Costituzione della Repubblica italiana, in Enc. dir., Annali, vol. VIII, Milano, 2015, 263 ss., 275 ss., 278 ss.

[3] Nel senso chiarito da M. DELMAS MARTY, Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme, Paris, 1996, 11 ss.

[4] Un lucido bilancio si deve a J. SILVA SANCHEZ, Sullo stato della legalità penale, in A.M. STILE/S. MANACORDA/V. MONGILLO (a cura di), I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali, ESI, Napoli, 2015, 181 ss.

[5] Per una istruttiva sintesi sui tratti caratterizzanti dei sistemi penali di *common law* rispetto a quelli di *civil law*, cfr. E. GRANDE, voce Reato in diritto comparato, in Digesto/pen.,vol. XI, Torino, 1996, 279 ss., 287 ss., rilevando come tale partizione – benché la sua attualità sia stata a più ripresa discussa da diverse prospettive - sembri "mantenere nel diritto penale una portata paradigmatica".

aspetti caratterizzanti il paradigma "continentale" della legalità vengono modificati o sostituiti, in una cornice sempre meno "sistematica" e "scientifica";[6] e dove emerge con urgenza il problema di adattare gli ordinamenti giuridici declinati sul paradigma continentale della riserva di legge e della sottoposizione del giudice alla legge alla signoria del *judicial law-making*.

Al fondo, si intravede un *trend* dove i corollari della legalità – "principi" spesso dotati di scarsa vincolatività ed in gran parte rimessi alla discrezionalità degli Stati o alle più o meno coraggiose decisioni dei tribunali costituzionali - rivendicano sempre più lo *status* di diritti fondamentali (il diritto alla prevedibilità della legge penale, alla applicazione della *lex mitior*): un *trend* che pare del resto congeniale alla concezione "anglosassone" del processo non come "celebrazione dell'ordine" bensì come "sistema di regole" cui corrisponde un preciso diritto soggettivo – ed un presidio di libertà – a favore dell'imputato.[7] Questa tendenza, d'altronde, sembra profilarsi anche al cospetto delle garanzie del *fair process*, a fronte della progressiva diffusione del processo *adversarial*: ed anche in ciò si è ritenuto di intravedere la progressiva convergenza tra modelli di *common law* e di *civil law*.[8]

In ogni caso, al cospetto di questa mutazione prospettica – e di una progressione dei livelli di tutela per le diverse proiezioni del *nullum crimen* – si affaccia anche una "rivoluzione espistemologica", che interpella il rapporto giudice-legge, la separazione dei poteri, lo stesso ruolo della dogmatica e della "scienza del diritto penale" - da un lato messa in ombra dall'invadenza della "dottrina delle corti", dall'altro ulteriormente responsabilizzata dall'urgenza di restituire prevedibilità alla legge.

In questo lavoro, partendo dall'esempio italiano, si cercherà di ripercorrere questa transizione, evidenziando gli attuali approdi e i possibili punti di crisi del "sistema *patchwork*" che si va consolidando.

---

[6] Sulle caratteristiche di "a-sistematicicità" e "a-sistematicità" del paradigma di *common law*, v. ad es. A. T. KRONMAN, Verso il tramonto della "common law"?, in Riv. crit. Dir. priv., 1992, 569 ss., secondo il quale "nel tentativo di razionalizzare e sistematizzare il diritto si perdono gli aspetti migliori della tradizione di *common law*".

[7] Accentua questa contrapposizione tra le diverse concezioni del processo nei sistemi di *common law* e di *civil law*, ad es., A. GARAPON, Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario, Milano, 2007, 137 s.

[8] Al riguardo, v. di recente M. LANGER/K. ROACH, Rights to Criminal process: a case study of convergence and disclosure rights, in M. TUSHNET/T. FLEINER/C. SAUNDERS (edts.), Routledge Handbook of Constitutional law, Routledge, London-New York, 2013, 273 ss.

II. IL MODELLO "TRADIZIONALE" DELLA LEGALITÀ PENALE NELL'EDIFICIO GIURIDICO MODERNO

2. Nell'edificio giuridico moderno, la struttura "tradizionale" della legalità penale trae dal principio del *nullum crimen* diversi corollari, tendenzialmente consolidati nei contesti di *civil law* (e nell'ordinamento italiano recepiti tanto dal codice penale - artt. 1 e 2 c.p. - che dalla Costituzione democratica del 1948 - art. 25 Cost.): corollari che – come si sa - la matrice illuministica ha radicato non solo nelle esigenze di garanzia dell'individuo ma anche – e soprattutto - nella dottrina dello Stato e della separazione dei poteri.[9]

Il Costituente italiano – come è stato anche di recente rilevato – ha recepito la tradizione illuministica anzitutto nel porre i principi relativi alla magistratura ed all'ordinamento giurisdizionale: il giudice è soggetto alla legge, alla quale è riservata ogni previsione punitiva; il controllo sul rispetto della legge, da parte del giudice del merito competente ad applicarla, è affidato alla Corte di Cassazione, che ha un sindacato generale ed ineliminabile sulle violazioni di legge (secondo l'art. 111 Cost., il ricorso per cassazione è "sempre" ammesso per "violazione di legge").[10]

Nella originaria prospettiva illuministica muove – ed è stato tradizionalmente interpretato – anche il principio di legalità penale (art. 25/2 Cost.), che al fianco della tradizionale istanza di protezione sottesa al *nullum crimen* come "*Schutzrecht*" – garantendo ai cittadini che "lo Stato […] non li punirà senza preventivamente informarli su ciò che è vietato o comandato" (Corte cost., n. 364 del 1988) - soddisfa una precisa divisione di ambiti tra le articolazioni del potere: in quest'ottica, il principio di riserva di legge è garanzia del monopolio legislativo sulle scelte punitive contro abusi del potere esecutivo e del potere giudiziario; lo stesso principio di irretroattività è limite garantista a fronte del rischio di arbitrio del potere giudiziario, oltre che autolimitazione imposta allo stesso legislatore contro possibili strumentalizzazioni nell'esercizio dello *ius puniendi*; ed il principio di tassatività-determinatezza è affermato (ancora) come argine contro possibili eccessi "paralegislativi" del potere giudiziario.

---

[9] Per una analisi che risale alle radici illuministiche del principio, misurandone l'attualità, v. G. FIANDACA, Legalità penale e democrazia, in Quaderni fiorentini, 2007, 1247 ss., nel contesto di una più ampia riflessione da sempre dedicata al tema (v. anche i diversi saggi raccolti in ID., Il diritto penale tra legge e giudice, Padova, 2002).

[10] Così, di recente, il Primo presidente emerito della Corte di Cassazione, E. LUPO, Relazione introduttiva al convegno su "Cassazione e legalità penale", Parma, 9-10 ottobre 2015, in corso di pubblicazione nei relativi atti (a cura di A. Cadoppi).

E' noto. L'illuminismo costruisce l'"edificio giuridico-moderno",[11] anzitutto, sul principio della separazione dei poteri, che secondo la concezione del tempo predicava la attribuzione alla magistratura, sostanzialmente, di un ruolo "neutro": un "potere nullo" subordinato rispetto alla legge ed al legislatore, di cui il giudice doveva essere mera "*longa manus*".

In quel *milieu* culturale e politico – ove si voleva ovviamente assicurare il nuovo assetto politico segnato dal declino dell'*Ancien Régime* e dalla neo-egemonia borghese -, le articolazioni essenziali della separazione dei poteri facevano leva su una chiara primazia della legge: alla base, vi erano l'idea del legislatore "buono e razionale" (che secondo la teologia politica incarnava il *God's eye point of view*), e la centralità sacrale del Parlamento, garante del bene comune e rappresentativo "della società tutta, unita per contratto sociale", capace appunto di illuministica visione generale dei bisogni di tutela,[12] e – specie in forza dei suoi caratteri di "generalità e astrattezza" e di (tendenziale) stabilità – di farsi presidio della "certezza del diritto" intesa – anzitutto – come garanzia di uniformità di trattamento dei cittadini (uguaglianza formale).

Da questi postulati una serie di assiomi, pure ben noti, volti a garantirne la tenuta: il progetto di sistematizzazione del diritto nei "codici", la pretesa di organizzare le fonti *more geometrico* in un "ordinamento" – ossia in un "sistema ordinato e ordinante" di norme – che aveva pretesa di completezza,[13] e di qui – soprattutto – il giudice come mero "notaio della legge" e "macchina per sillogismi" (*Subsumptionsautomat*), a sua volta garantito rispetto ad interferenze esterne da principi metodologici che ne assumevano la totale autonomia (*iura novit curia*) o che stabilivano comunque la preclusione del ricorso ad elementi ulteriori (*in claris non fit interpretatio*).

Il giudice – visto come principale responsabile dei mali dell'*Ancien régime* ed autentico capro espiatorio – è destinatario di un imperativo di "sterilizzazione politica"[14]

---

[11] Rinvio – per tutti - al recente, prezioso affresco di P. GROSSI, Introduzione al novecento giuridico, Roma/Bari, 2012, 3 ss. (ma anche e già alle magistrali pagine dello stesso A., Mitologie giuridiche della modernità, Milano, 2001, *passim*); ricche suggestioni anche in M. VOGLIOTTI, Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica, Torino, 2007, passim; sugli sviluppi del modello in cui ha preso forma la "modernità giuridica", cfr., ora, anche ID., voce Legalità, Enc. dir., Annali, Milano, 2013, 371 ss.

[12] Si noti: è una impostazione che sembra riecheggiare anche in talune decisioni della Corte costituzionale, ad es. la sentenza n. 487/1989, ossia il precedente più autorevole e perentorio nel negare competenza penale alle Regioni anche e proprio muovendo dalla considerazione che solo il Parlamento può essere "rappresentativo della società tutta, unita per contratto sociale".

[13] Cfr. ancora P. GROSSI, Introduzione al Novecento giuridico, 2012, 4 ss.

[14] G. TARELLO, Orientamenti della magistratura, del giurista-interprete e della dottrina sulla funzione politica, in Politica del diritto, 1972, 461.

che lo vuole mero legatario e "passaparola" della *voluntas legis*, secondo un modello la cui essenza ideologica è ben scolpita nella celebre invettiva di ROBESPIERRE: "*Le mot jurisprudence doit être effacé de notre langue. Dans un état qui a sa constitution, la jurisprudence n'est autre chose que la loi*".

Dunque nessuno spazio alla "giurisprudenza", persino messa al bando, e parallelamente nessuno spazio ai suoi strumenti metodologici, primo fra tutti l'interpretazione, come ammoniva ancora VOLTAIRE, nel suo *Dictionnaire philosophique* (1764): "*que toute loi soit claire, uniforme e précise. L'interpréter, c'est presque toujours la corrompre*".[15]

Una tale impostazione dominava anche in materia penale, dove le sue linee portanti erano persino più marcate, al cospetto delle peculiari istanze garantistiche innescate dall'*argumentum libertatis* nella visione contrattualistica della società.

Basti il richiamo a BECCARIA, che da un lato precisava che "le sole leggi possono decretar le pene su i delitti, e quest'autorità non può risedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale; nessun magistrato (che è parte di società) può con giustizia infligger pene contro un altro membro della società medesima […]"; e dall'altro metteva al bando ogni interpretazione, ammonendo - nelle celeberrime pagine del paragrafo IV del suo "Dei delitti e delle pene" – che "In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto", e così attribuendo al giudice il semplice compito di formulare una mera operazione logica-deduttiva senza spazi per esperimenti interpretativi,[16] "[…] per la semplice ragione che i giudici penali non sono legislatori".[17]

Il positivismo giuridico, da un lato, ha raccolto – e progressivamente esasperato[18] - il mandato ricevuto dal legicentrismo illuministico, e dal dogma della divisione dei poteri, che del resto è alla base della stessa separazione tra *dogmatica* e *politica*

[15] VOLTAIRE, Dictionnaire philosophique (1764), trad. it.a cura di M. Bonfantini, Milano, 1968, 442.

[16] C. BECCARIA, Dei delitti e delle pene (prima ed. anonima Livorno 1764), § 4: "In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta dell'incertezza".

[17] L'intera dottrina penalistica dei Delitti e delle pene in uno con la filosofia politica ad essa sottesa si sviluppa alla luce di un confronto serrato con Montesquieu (cui espressamente si richiama l'Autore sin dall'*Introduzione*), e con l'Esprit des lois, fonte già classica nella seconda metà del Settecento ed assai ben conosciuta da Beccaria (e Verri).

[18] Cfr., ad esempio, W. NAUCKE, Die Aushölung der strafrechtlichen Gesetzlichkeit durch den relativistischen, politish aufgeladenen strafrechtlichen Positivismus, in Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik, Frankfurt am Main, 1997, 257 ss.

criminale proclamata – nell'esperienza italiana - dagli alfieri dell'indirizzo tecnico-giuridico,[19] ed emblematizzata dalla celebre prolusione sassarese di ARTURO ROCCO:[20] una separazione funzionale ad assicurare la fedeltà "ideologica" dell'interprete-esegeta rispetto al potere politico, ed al diritto positivo dello Stato come unica fonte, e a garantirla – appunto - attraverso un "preciso" regolamento di confini.[21]

Dall'altro, e parallelamente, proprio nel *milieu* culturale giuspositivista i diversi corollari del *nullum crimen* sono stati declinati secondo le partizioni "formali" via via profilate dalla dogmatica penalistica (e dalla *Begriffsjurisprudenz*): l'operatività del principio di irretroattività, ad esempio, si è assestata secondo l'opposizione pene/misure di sicurezza (operando per le prime mentre per le seconde opera il *tempus regit actum*), così come secondo la distinzione diritto sostanziale/diritto processuale/diritto dell'esecuzione penale.

Breve: separazione dei poteri, legicentrismo statualistico e formalismo giuspositivistico rappresentano le fondamenta su cui si sviluppa il discorso sulla legalità penale nel paradigma giuridico "moderno",[22] ma al contempo le chiuse attraverso le quali viene incanalato l'impeto garantistico del *nullum crimen sine praevia lege poenali stricta et scripta*.

III. IL MODELLO DI LEGALITÀ RECEPITO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: UNO SGUARDO ALLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

3. Nel recepimento del principio di legalità e dei suoi diversi profili garantistici l'ordinamento italiano per molto tempo è apparso muovere in una linea di sostanziale continuità con queste matrici di origine, affermando il *nullum crimen* al contempo come garanzia "formale" (certezza del diritto/tassatività, determinatezza e divieto di analogia/irretroattività) e "procedurale" (monopolio parlamentare/riserva di legge), in

[19] Al riguardo, ancora attuale, ed istruttiva, la sintesi di F. BRICOLA/F. SGUBBI/N. MAZZACUVA, Istituzioni di diritto penale (dispensa per il corso di), a cura di F. SGUBBI/N. MAZZACUVA, Pàtron editore, Bologna, 1994, 52 ss.

[20] ART. ROCCO, Il problema e il metodo della scienza del diritto penale, in Riv. dir. e proc. pen., 1910, 497 ss. (anche in Id., Opere giuridiche, vol. III, Roma, 1933, 314).

[21] Per una poderosa rilettura della posizione di Arturo Rocco (v. nt. precedente), così come di quella stagione, v. M. DONINI, Il problema del metodo penalistico: da Arturo Rocco all'europeismo giudiziario, in ID., Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte, Milano, 2011, 3 ss.,

[22] Attraversando anche – nell'esperienza italiana – il periodo fascista, ove domina indisturbato l'indirizzo tecnico-giuridico: cfr. ancora, sul punto, F. BRICOLA/F. SGUBBI/N. MAZZACUVA, Istituzioni di diritto penale, 1994, 57 ss.

una dimensione – specie dopo la palingenesi costituzionale[23] - ancorata alla separazione dei poteri.

Al fianco delle garanzie espresse nella Costituzione democratica (art. 13, art. 25/2, art. 101/2 Cost.), che intendevano ribadire "una nozione di legalità densa, nei suoi corollari, di requisiti di legittimazione strettamente legati al nuovo ordine politico", con la stessa istituzione della Corte costituzionale "si intese affidare il sindacato sul loro rispetto da parte di tutti i poteri dello Stato";[24] e in questa linea si sono sviluppati e consolidati i tracciati della giurisprudenza costituzionale.

Dal principio di riserva di legge – pur nella dimensione *relativa* accolta dalla Corte[25] – si sono tratte, tradizionalmente, due implicazioni di particolare interesse per il nostro discorso: a) il divieto di accesso alla giurisprudenza tra le fonti del diritto (da ultimo, perentoriamente, sentenza n. 230 del 2012); b) il divieto imposto alla stessa Corte costituzionale di adottare sentenze che creino o estendano una fattispecie penale (cc.dd. sentenze additive *in malam partem*).

Ancora, dal monopolio parlamentare assicurato dal principio della riserva di legge, nella sua connessione con il principio di sussidiarietà, si è anche dedotta – almeno nell'esperienza italiana - l'inesistenza *de facto* di obblighi costituzionali di tutela penale (*Pönalisierungsgebote*), sia per l'assenza di indicazioni inequivoche nella Costituzione italiana (tranne, forse, quanto previsto nell'art. 13 Cost.), sia, soprattutto, a fronte dell'impossibilità della Corte costituzionale di darvi esecuzione con una sentenza inevitabilmente introduttiva di un nuovo reato o estensiva di un reato già esistente.[26]

---

[23] Sulla "centralità della legge" nel modello disegnato dalla Costituzione del 1948, cfr. ancora A. BARBERA, in Enc. dir., vol. VIII, 2015, 279.

[24] Così G. INSOLERA, Introduzione alla IV sessione "Corte costituzionale e legalità", in AA.VV., Cassazione e legalità penale (Atti del convegno di Parma, 8-9 ottobre 2015), a cura di A. Cadoppi, 2016, in corso di pubblicazione.

[25] Nonostante talune recenti aperture in senso più rigoristico, che sembrano evocare la riserva *assoluta* in taluni campi di materia: Corte cost. n. 32 del 2014.

[26] Fondamentali al riguardo, *inter alia*, gli studi di D. PULITANÒ, Obblighi costituzionali di tutela penale?, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1983, 484 ss., sul fronte costituzionale "interno"; di C. SOTIS, Obblighi comunitari di tutela e opzione penale: una dialettica perpetua?, in Rivista italiana di diritto e procedura penale, 2002, 171 ss. e di G. INSOLERA, Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto nella attribuzione dei poteri?, Milano, 2003, *passim*, sul fronte "comunitario"; e di F. Viganò, L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali, in Studi in onore di Mario Romano, Jovene, Napoli, 2011, vol. IV, 2645 ss., sul fronte della Convenzione EDU; studi tutti che dimostrano la ricorsività del problema e la sua vocazione a riposizionarsi sui diversi piano del *multilevel constitutionalism*.

Al riguardo, la Corte italiana appare ancora posizionata su una linea di sostanziale chiusura, salvo il caso di sindacato sulle cc.dd. "norme penali di favore", nei termini chiariti, da ultimo, dalla sentenza n. 394 del 2006, ed approfonditi – sul versante dei rapporti tra norma comunitaria – dalla sentenza n. 28 del

Con riferimento al principio di tassatività e determinatezza (art. 1 c.p., art. 25/2 Cost.), un orientamento costante della Corte – nel contesto di uno scrutinio assai timido sul punto - ha negato che l'interpretazione giurisprudenziale potesse controbilanciare i difetti di formulazione del tipo; anche se più recentemente – al fianco della tradizionale discrezionalità riconosciuta al legislatore e costantemente ribadita in materia penale[27] - si sono registrate aperture in direzione del riconoscimento di un apporto con-costitutivo (e, dunque, della corrispondente discrezionalità) da parte del giudice, [28] valevole a surrogare il *deficit* di "precisione" del precetto sul piano interpretativo.[29]

La linea di continuità con l'impostazione tralatizia del *nullum crimen* si apprezza soprattutto in relazione all'ambito di applicazione dei vari corollari della legalità, ed in particolare dell'irretroattività: mentre la riserva di legge (ma anche l'istanza di tassatività/determinatezza) aspira a coprire l'intero universo penale (le pene come le misure di sicurezza, ai sensi dell'art. 25 Cost., rispettivamente comma secondo e comma terzo; ma anche le misure di prevenzione, nei limiti chiariti – ad esempio – dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 177 del 1980 sul c.d. proclive a delinquere), l'operatività della garanzia dell'irretroattività è segnata dalla distinzione pena/misura di sicurezza (costituzionalmente "imposta" dal differente tenore dei commi secondo e terzo dell'art. 25 Cost.), ma è stata a lungo dominata dalle categorizzazioni concettuali che distinguono tra diritto sostanziale/diritto processuale/esecuzione penale.

In altri termini, solo per le sanzioni *formalmente* penali (e o per gli istituti riconducibili al diritto penale sostanziale, tra i quali si annovera, nel contesto italiano, anche la prescrizione) è infatti stabilito il divieto di retroattività, mentre – almeno

---

2010 sulla cc.dd. ceneri di pirite: cfr., volendo, V. MANES, Cour constitutionnelle italienne et obligations de protection pénale, in G. GIUDICELLI/DELAGE/S. MANACORDA/J. TRICOT, "Devoir de punir?" Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie, Paris, 2013, 79 ss.; in merito ai più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale sul tema, cfr. L. ROMANO, Sindacato sulle norme penali di favore, in Il libro dell'anno del diritto 2015, Treccani, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 2015, 115 ss.; sulla "giustiziabilità" dei cc.dd. obblighi comunitari di fonte europea, da ultimo, A. GULLO, Deflazione e obblighi di penalizzazione di fonte UE, in www.penalecontemporaneo.it (10 febbraio 2016), in ptc. 19 ss., con interessanti rilievi.

[27] Da ultimo, si vedano – *ex plurimis* - le sentenze n. 81 del 2014 e n. 229 del 2015.

[28] Emblematica, sul punto, la sentenza n. 327 del 2008 (sul c.d. disastro innominato di cui all'art. 434 c.p.), ove da un lato si conferma come "l'esistenza di interpretazioni costanti non valga, di per sé, a colmare l'originaria carenza di precisione del precetto penale", ma dall'altro si specifica, tuttavia, che essa ben può "assurgere ad elemento di conferma della possibilità di identificare, sulla scorta di un ordinario procedimento ermeneutico, la più puntuale valenza di un'espressione normativa in sé ambigua, generica o polisensa" (orientamento più di recente confermato dalla sentenza n. 172 del 2014, che ha rigettato le doglianze di indeterminatezza sollevate con riferimento al reato di *stalking*).

[29] Tanto che si denuncia, con accenti fortemente critici, che il problema della determinatezza della legge penale è stato ormai spostato dal piano linguistico al piano dell'interpretazione (PALAZZO).

tradizionalmente, e salvo quanto affermato nella giurisprudenza più recente – si ritiene che per le norme processuali, per quelle concernenti l'esecuzione penale, così come per quelle che disciplinano le misure di sicurezza, valga e si applichi il regime vigente al momento dell'applicazione o esecuzione della misura (c.d. principio del *tempus regit actum*).

IV. IL DIVERSO "MODELLO" DI "LEGALITÀ PENALE" ACCOLTO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU

1. Rispetto a questo assetto, la Convenzione EDU (art. 7 CEDU) e soprattutto la giurisprudenza della Corte europea propongono una concezione della legalità molto diversa, persino rovesciata, per certi versi: e la diversità trova origine sia in *ragioni strutturali* (che rimandano all'ambito di applicazione della Convenzione ed all'amplissima giurisdizione della Corte di Strasburgo, estesa ad abbracciare contesti di *civil law* come di *common law*[30]) sia in *ragioni funzionali* (che rimandano alla necessità di promuovere la armonizzazione delle garanzie nei diversi Paesi membri del COE, superando le distinzioni categoriali accolte nei diversi ordinamenti[31]), in uno con una precisa *orientazione di scopo* volta a promuovere una tutela quanto più ampia possibile delle singole garanzie,[32] in una cornice dove il rispetto della "rule of law" e l'affermazione della "prééminence du droit" sono la fondamentale preoccupazione della

[30] Quanto alle ragioni strutturali, più in particolare, è noto che tra i 47 paesi membri del COE vi sono tanto ordinamenti di *civil law*, dove l'unica fonte di produzione legittima in materia penale – in linea di principio - è la *lex parlamentaria* (come Italia e Spagna, ma anche Germania e Francia, ad esempio) quanto ordinamenti di *common law*, dove viceversa domina il *judge-made law* (e lo *stare decisis*; come in Gran Bretagna). Per tali ragioni, la Corte – per definire l'ambito di applicazione del *nullum crimen* - ha sviluppato una "nozione autonoma" di legge, che opera una sorta di "fusione di orizzonti" tra *civil law* e *common law*: nel concetto ampio di "legge", ormai consolidato nella giurisprudenza della Corte, rientrano tanto la legge formale del parlamento (e/o il diritto di produzione "politica"), quanto il diritto di fonte giurisprudenziale (il *judge made law*, appunto), che a pieno titolo è considerato dunque fonte del diritto per la Convenzione, con conseguente applicazione delle garanzie previste nell'art. 7 CEDU.

[31] Ragioni funzionali sono alla base della ulteriore "nozione autonoma" utilizzata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo per definire il perimetro di applicazione delle garanzie del *nullum crimen*: visto che nei diversi paesi vigono distinzioni categoriali molto diverse (la bipartizione italiana, delitti e contravvenzioni, o spagnola, *delitos/faltas*, si contrappone al modello tripartito accolto in Germania, *Verbrechen/Vergehen/Ordnungswidrigkeiten* o in Francia, *crime/délit/contravention*), la Corte europea non può utilizzare concetti di *genere* (reato) o di *specie* (crimine/delitto/contravvenzione) di stampo *formale*, ma utilizza una nozione sostanziale – la nozione di *matiére pénale* – che promuove l'applicazione delle garanzie penalistiche fissate negli artt. 6 (*fair trial*) e 7 (*nullum crimen sine lege*) della Convenzione "al di là delle etichette" e della nomenclatura accolta nei singoli paesi.

[32] Unitamente alle citate ragioni strutturali e funzionali, una precipua razionalità di scopo spinge la Corte ad adottare un approccio aformalistico e incline ad andare "*behind the appareances at the realities of the situation*": quello di assicurare alle garanzie convenzionali una estensione quanto più ampia possibile e soprattutto di garantire ai diritti riconosciuti nella Convenzione una tutela "effettiva e concreta, non illusoria e astratta". In sostanza, la Corte tende ad interpretare la Convenzione *magis ut valeat*, superando le paratie formali che limitano le potenzialità assiologiche dei diversi diritti e libertà ivi riconosciuti.

Corte.

2. Diverse e profonde – è noto - sono le ricadute di questo differente approccio alla legalità penale, e i risultati conseguiti dimostrano una radicale distanza rispetto alla concezione "tradizionale" della legalità penale.

2.a) Anzitutto, e come accennato, attraverso il concetto "aformalistico" di "materia penale" la Corte di Strasburgo ha abbandonato l'impostazione tradizionale che vuole le garanzie del *nullum crimen* applicabili in base a categorizzazioni *formali* (edificate su un concetto formale di reato, e sulle concettualizzazioni di lì sviluppate dalla dogmatica di ascendenza tedesca) in favore di una impostazione declinata su distinzioni *contenutistico-teleologiche* (dove rileva, soprattutto, la differenza tra finalità afflittive, preventive o compensative).

In sintesi, alla luce di un approccio "sostanzialistico" non dissimile da quello seguito – anche qui – in taluni contesti di *common law*,[33] dove la distinzione tra sanzione penale è amministrativa è assente e sostituita da un concetto onnicomprensivo di *punishment*, si ritiene che tutti gli istituti che abbiano un contenuto afflittivo e/o "intrinsecamente punitivo", quale che ne sia l'"etichetta" o la nomenclatura formale, devono sottostare alle garanzie sostanziali e processuali previste nella Convenzione, come – ad esempio – la garanzia dell'irretroattività: sia che si tratti di istituti assimilabili alle *misure di sicurezza*,[34] sia che si tratti di sanzioni formalmente appartenenti alle sanzioni *amministrative*,[35] sia che trattasi di disposizioni in materia *processuale*,[36] sia che si tratti di misure riferibili all'*esecuzione penale*.[37]

---

[33] Un analogo approccio è infatti seguito dalla Corte Suprema degli Stati Uniti: sul punto, v. ad es. G. FLETCHER, Grammatica del diritto penale, Bologna, 1998, 47 ss.; ma v. anche E. GRANDE, in Digesto/pen.,vol. XI, 1996, 290, specie ove rileva quale "caratteristica profonda del sistema di *common law*" la "commistione fra sostanza e processo", che "in un duplice senso spiega […] la mancata diffusione in quel modello del metodo concettual-dogmatico tedesco di cui la teoria generale del reato è espressione […]" (sia con riferimento al concetto "ad efficacia sostanziale" di *defence*, sia con riferimento alla presenza, nel sistema di *common law*, di un giuria in veste di giudice di fatto, dove "le categorie giuridiche create dal giurista per il giurista devono, nel mondo di *common law*, fare sempre i conti con la presenza di un giudice del fatto laico e saranno tanto più votate all'insuccesso quanto più si presenteranno lontane dalla *forma mentis* dell'uomo comune").

[34] Come nel caso delle diverse tipologie di confisca, a partire dal caso *Welch c. Regno Unito*, 1995.

[35] Come nel caso *Grande Stevens c. Italia*, sul *ne bis in idem*, o nel caso *Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia*, in cui, inequivocabilmente, la Corte europea si è espressa (in sede di ricevibilità del ricorso) in merito all'applicabilità dell'art. 6, § 1, CEDU ("accusa penale") ad un'autorità amministrativa indipendente (nella fattispecie, l'AGCM, Autorità garante della concorrenza e del mercato italiana).

[36] Come nel caso deciso dalla Grande Camera, Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*; ma su questa traccia v. ora l'interessante Corte EDU, 7 luglio 2015, *Gaetano Davide Greco c. Italia*: "La Corte è pronta ad accettare che, benché faccia parte del CPP, le cui disposizioni regolano di norma la procedura da seguire per perseguire e giudicare i reati, l'articolo 597 comma 3 sopra citato possa essere

2.b) In secondo luogo, l'accoglimento della giurisprudenza entro la "nozione autonoma" di legge, e la sua equiparazione alla legge nella costellazione delle fonti del diritto in materia penale, evidenzia ancor più un rovesciamento dei tradizionali postulati di fondo del *nullum crimen* nella versione tradizionale.

In questa prospettiva, il principio di legalità penale non è apprezzato come garanzia posta (anche) a salvaguardia della separazione dei poteri, e il corollario *nullum crimen sine lege parlamentaria* non è – per usare un eufemismo – un interesse centrale per la Corte di Strasburgo, attenta solo a che la punizione discenda da una previa "base legale" e non da incriminazioni che finiscano per "sorprendere" l'individuo travolgendo la *preéminence du droit*.

Simmetricamente, il "diritto giurisprudenziale" è riconosciuto a pieno titolo come fonte in materia penale, ed assoggettato agli stessi requisiti qualitativi di accessibilità (*accessibility*) e prevedibilità (*forseeability*), così come alla predeterminabilità (*predictability*) dei suoi esiti, e vincolato alle garanzie del *nullum crimen*: con conseguente applicazione della garanzia dell'irretroattività in caso di nuova interpretazione giurisprudenziale o di *overruling* imprevedibile.[38]

La "rivoluzione copernicana" è evidente, rispetto all'assetto illuministico, e la distanza appare abissale se si pone mente alle pagine degli enciclopedisti francesi o degli illuministi italiani già ricordate.

Da un lato emerge il ruolo protagonistico della giurisprudenza: ruolo congeniale,

---

considerato una disposizione di diritto penale materiale, in quanto verte sulla severità della pena da infliggere quando l'appello viene interposto unicamente dall'imputato".

[37] Come nel notissimo caso spagnolo sulla c.d. "*doctrina Parot*" deciso ancora dalla Grande camera, Corte EDU, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, dove i giudici hanno appunto riconosciuto che, sebbene la materia dell'esecuzione penale rimanga esclusa in via di principio dal concetto di "*matière pénale*" (e non sia pertanto assoggettata al principio di irretroattività di cui all'art. 7 Cedu), nel caso in esame la disciplina della *redención de penas* deve essere considerata parte integrante del "*droit pénal matériel*", con una conclusione rafforzata dal fatto che, in occasione della riforma del 1995, il legislatore spagnolo si è curato di formulare disposizioni transitorie volte a garantire l'applicazione del beneficio ai soggetti giudicati sulla base del codice penale del 1973.

[38] Da ultimo, con notevole impatto sull'ordinamento italiano, Corte EDU, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, che ha riconosciuto la violazione dell'art. 7 CEDU ritenendo non sufficientemente chiara né prevedibile la "fattispecie" del concorso esterno in associazione per delinquere di stampo mafioso (artt. 110/416 *bis* c.p.), evidenziandone la genesi giurisprudenziale *posteriore* all'epoca dei fatti per i quali il ricorrente era stato condannato e ritenendo tale "fattispecie giurisprudenziale" consolidata solo a partire dal (primo) intervento chiarificatore delle Sezioni Unite della Cassazione (1994).

La sentenza è stata particolarmente discussa nel contesto della dottrina italiana: tra gli altri, evidenziano, tuttavia, cortocircuiti e paradossi della legalità convenzionale in rapporto alla legalità costituzionale, F. PALAZZO, La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità, in DPP, 2015, 1061 ss. e D. PULITANÒ, Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge, in Dir. pen. cont., 13 luglio 2015.

del resto, ad una prospettiva *rights-based* ed all'idea che la tutela dei diritti umani - in una prospettiva, come suole ripetere la Corte, "effettiva e concreta e non teorica e illusoria" - debba essere affidata alla decisione del giudice ben più che alla illusione egualitaria della legge "generale ed astratta", e possa essere garantita solo attraverso una valutazione *hic et nunc*, aperta ai bilanciamenti guidati da criteri duttili come quelli – tanto vivi nelle pronunce della Corte EDU - della *necessità*/*proporzione* e della *ragionevolezza*.

Dall'altro, e parallelamente, emerge – anche qui - la centralità dell'interpretazione, prima concepita come "appendice esterna ed estranea al procedimento di formazione della norma", ed ora non solo "momento interno ma addirittura (…) momento più rilevante";[39] cosicché – potremmo concludere - la pietra scartata dai costruttori dell'edificio della modernità giuridica è divenuta testata d'angolo nel reticolo normativo europeo.

Ne discende che la stessa formulazione tralatizia del principio di legalità – come è stato suggerito – appare anche in questa prospettiva assottigliata in un più generico "principio di giuridicità", [40] tanto che lo stesso brocardo penalistico – si è aggiunto - dovrebbe essere aggiornato nel più attuale *nullum crimen* (non *sine lege*, bensì) *sine iure*[41]; riformulazione che – torneremo sul punto – appare a molti un segno di debolezza – più che di svolta - culturale.

2.c) In un assetto già così lontano rispetto a quello tradizionale, le mutazioni della legalità penale sono accelerate dalla peculiare *orientazione di scopo* che guida la Corte nel *Rights-based Discourse*, spingendola a perseguire prospettive di inquadramento tese

---

[39] "[…] giacché è quello che determina il disciplinamento della fattispecie […]", secondo la voce autorevole di P. GROSSI, Sull'odierna 'incertezza' del diritto, in ID., Ritorno al diritto, Roma/Bari, 2015, 81.

[40] L'impoverimento del principio di legalità è già da tempo segnalato – come noto - da PAOLO GROSSI (da ultimo proprio nel citato, ultimo volume P. GROSSI, Sull'odierna 'incertezza' del diritto, in ID., Ritorno al diritto, Roma/Bari, 2015, 87), che ne segnala l'assottigliamento in un generico "principio di giuridicità": il pluralismo giuridico, conquista indubbia del post-moderno, ha "detronizzato la legge, ha eroso il contenuto tipico del vecchio principio di legalità di conio moderno, frantumandolo e togliendogli pregnanza; a tal punto "da rendere la sua intestazione lessicale una reliquia storica. (…). Se le fonti si sono pluralizzate, addirittura de-tipicizzate, è consequenziale che il nostro principio si sia necessariamente trasformato in una sorta di *principio di giuridicità*, riferendosi ormai al variegato ventaglio di forze motrici su cui oggi conta il dinamico ordinamento giuridico della Repubblica".

La "tendenza generale alla sostituzione del classico principio di legalità con un principio diverso, che si identifica con la *rule of law* (in tedesco, *Rechstaatlichkeitsprinzip*), cioè "principio di giuridicità penale"", è registrata anche da J. SILVA SANCHEZ, in A.M. STILE/S. MANACORDA/V. MONGILLO (a cura di), I principi, 2015, 196.

[41] Cfr. S. RIONDATO, Influenze dei principi penali europei su un nuovo codice penale italiano, RIDPP, 2011, 1541 ss.

ad assicurare una tutela "non illusoria e astratta, ma effettiva e concreta" delle garanzie convenzionali, sino a prediligere livelli di tutela votati al *maximum standard* registrabile nel diversi ordinamenti dei Paesi membri (come emblematicamente accaduto con la nota pronuncia della Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*[42], la quale ha dischiuso prospettive inedite tanto nei Paesi di *civil law* quanto in quelli di *common law*[43]).

In sintesi, tale approccio conduce la Corte a declinare in modo del tutto originale talune questioni problematiche "tradizionali".

Solo a titolo di esempio.

Per assicurare massima effettività alla protezione offerta dall'art. 7 CEDU, la Corte EDU ha dimostrato a più riprese il proprio sfavore nei confronti della distinzione "tralatizia" tra interpretazione estensiva ed analogia *in malam partem*[44], accordando preferenza ad un criterio di interpretazione "stretta"[45], e, pur negli ampi spazi riconosciuti all'attività ermeneutica giudiziale, ne ha segnato il limite di fondo – sempre e comunque - nella *ragionevole prevedibilità* della eventuale interpretazione ampliativa patrocinata piuttosto che nel mero carattere estensivo (e, dunque, non analogico) di essa[46].

---

[42] In CP, 2010, con nota di M. GAMBARDELLA, Il Caso Scoppola: per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole.

[43] Si veda, per esempio, quanto all'ordinamento britannico, M. BOHLANDER, Retrospective Reductions in the Severity of Substantive Criminal Law: The Lex Mitior Principle and the Impact of Scoppola v Italy No. 2, in Crim. Law Rev., 2011, 627 ss.

[44] Per una ricca esemplificazione dell'infido confine tra interpretazione estensiva ed analogica *in malam partem*, con riguardo alla giurisprudenza di legittimità italiana, cfr. L. ROMANO, (sub) Art. 1, in AA.VV., Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza, a cura di A. Cadoppi/S. Canestrari/P. Veneziani, Piacenza, 2011, 73 ss.

[45] In particolare, a partire da Corte EDU, sent. 25.05.1993, *Kokkinakis c. Grecia*, § 52, e 22.11.1995, *S.W./Regno Unito e C.R./Regno Unito*, § 33, l'affermazione per cui «l'art. 7 non si limita a proibire l'applicazione retroattiva del diritto penale (…) ma consacra anche, in generale, il principio di legalità dei delitti e delle pene ed il divieto di applicazione della legge penale in modo estensivo, ad esempio in modo analogico» è costantemente ribadita, come, ad esempio, nelle più recenti pronunce Corte EDU, *Protopapa c. Turchia*, 24.2.2009, § 93, e *Schummer c. Germania*, 13.1.2011, § 64.

[46] Secondo le declinazioni offerte dalla giurisprudenza di Strasburgo, l'interpretazione estensiva è ammissibile laddove sia (stata) "*reasonably foreseeable*", tenuto conto della presenza di precedenti giurisprudenziali in termini o del mutamento delle condizioni storico-sociali: sul punto, volendo, V. MANES, Art. 7/1, in S . BARTOLE/P. DE SENA/V. ZAGREBELSKY (a cura di), Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Padova, 2012, 280 ss. Nondimeno, quanto alle ambiguità e criticità esibite da un criterio quale quello della (ragionevole) prevedibilità, cfr. V. VALENTINI, Legalità penale convenzionale e obbligo di interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE, in Dir. pen. cont., 2012, 14 ss., 16; A. GUIDI, Art. 7 CEDU e interpretazione ragionevole nella giurisprudenza di Strasburgo, in CP, 2013, 4720 ss.

Allo stesso modo, per assicurare concretezza al principio del *ne bis in idem*[47], i giudici di Strasburgo nella lettura del requisito dello "stesso fatto", peraltro sanando una precedente discrasia con il canone ermeneutico osservato dalla Corte di giustizia, hanno infine ritenuto di aderire al criterio dell'*idem factum* piuttosto che al criterio (formalistico) dell'*idem* legale [48], attribuendo dunque valore decisivo all'accadimento naturalisticamente inteso e non alla definizione legale dell'incriminazione[49] - giacché quest'ultima "*risque d'affaiblir la garantie consacrée par l'article 4 du Protocole n° 7 et non de la rendre concrète et effective comme le requiert la Convention*».[50]

Per inciso, esempi analoghi potrebbero essere fatti in punto di legalità processuale e di *fair process*, a testimone di un medesimo *modus operandi* dei giudici di Strasburgo, che li conduce a verificare se - al di là delle forme e delle apparenze, e seguendo una logica *fuzzy*[51] - la "sostanza" dei diritti di difesa sia stata rispettata, lasciando peraltro trasparire – anche in questo caso – una concezione del processo vicina alla sensibilità di *common law*, dove questo è visto – lo si è accennato - non già come rito o "celebrazione dell'ordine", bensì come "meccanismo di garanzia per i cittadini" ancorato a precise

[47] Sancito dall'art. 4 del Protocollo 7, su cui S. ALLEGREZZA, Sub Art. 4, Prot. 7, in Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, a cura di S. Bartole/P. De Sena/V. Zagrebelsy, Cedam, 2012, 898 ss.

[48] Secondo l'ormai univoco orientamento della Corte Edu, registrabile a partire dalla pronuncia "armonizzatrice" del 2009 (Corte Edu., sent. 10.2.2009, *Zolotoukhine c. Russia*) e ribadito assai di recente in due noti arresti giurisprudenziali (Corte Edu, sent. 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*; Corte Edu, sent. 20.5.2014, *Nykänen c. Finlandia*), il requisito dello "stesso fatto" deve essere inteso come "*idem factum*" e non come "*idem* legale", ossia tenendo conto dell'accadimento naturalisticamente inteso e non della definizione legale dell'incriminazione.

In questa prospettiva, comune alla posizione della Corte di giustizia UE (tra le varie, Corte giust., sent. 18.7.2007, *Norma Kraaijenbrink*) e riflessa anche nell'indirizzo prevalente della Corte di Cassazione (Cass., Sez. II, n. 18376 del 24.4.2013; Cass., Sez. Un., n. 34655 del 28.6.2005), non interessa dunque verificare se gli elementi costitutivi del fatto tipizzato dalle due norme siano o meno sovrapponibili, bensì solo se i fatti storici sussunti in esse (ed oggetto del duplice giudizio) siano o meno identici, ovvero se siano "sostanzialmente gli stessi" [Corte Edu., sent. 10.2.2009, *Zolotoukhine c. Russia*, §§ 81-82: «(…) *En conséquence, l'article 4 du Protocole n° 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde «infraction » pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes*» (Corte EDU, sent. 10.2.2009, *Zolotoukhine c. Russia*, § 82 ; analogamente, da ultimo, Corte EDU, 27.112014, *Lucky Dev c. Svezia*, § 52].

Sulle ricadute di questo approccio, da ultimo, N. GALANTINI, Il 'fatto' nella prospettiva del divieto di doppio giudizio, in RIDPP, 2015, 1205 ss.

[49] Così ancora, da ultimo, Corte Edu, sent. 23.06.2015, *Butnaru et Bejan-Piser c. Romania;* Corte Edu., 30.04.2015, *Kapetanios e altri c. Grecia*.

[50] Corte Edu., sent. 10.2.2009, *Zolotoukhine c. Russia*, § 81.

[51] Una logica "sfumata" o *fuzzy* è quella che conduce la Corte EDU a ravvisare - ad esempio - la violazione dell'art. 6 "quando una condanna si basa, unicamente *o in maniera determinante*, su deposizioni rese da una persona che l'imputato non ha potuto interrogare o fare interrogare né nella fase istruttorio né durante il dibattimento" (ad es., Corte EDU, 14 dicembre 1999, *A.M. c. Italia*; Corte EDU, 13 settembre 2005, *Bracci c. Italia*; Corte EDU, 9 febbraio 2006, *Cipriani c. Italia*, Corte EDU, 18 maggio 2010, *Ogaristi c. Italia*).

"regole del gioco".[52]

V. ACCORDI E DISACCORDI CON LA NOSTRA CORTE COSTITUZIONALE

Possiamo domandarci a questo punto se queste due concezioni della legalità – così diverse e contrastive – abbiano trovato una composizione, e se – più in particolare - la nostra Corte costituzionale si sia dimostrata incline a recepire il vento di novità che spira nella giurisprudenza di Strasburgo.

I tracciati giurisprudenziali recenti lasciano emergere, a questo riguardo, accordi e disaccordi.

1. Ad esempio, la Corte costituzionale italiana – non diversamente da altri tribunali costituzionali[53] - si è dimostrata incline a dare spazio al concetto sostanzialistico di materia penale, cominciando ad applicare le garanzie penalistiche – ed in particolare la garanzia dell'irretroattività[54] – "al di là delle etichette", e "*behind the appareances*".

Lo ha fatto con chiarezza, ad esempio, la sentenza n. 196 del 2010, dimostrando un *idem* sentire – ed un approccio quasi "a specchio" - rispetto alla Corte di Strasburgo: con essa, la Corte costituzionale ha sancito l'irretroattività di una ipotesi "speciale" di confisca – la confisca dell'autoveicolo per il reato di guida in stato di ebbrezza – in conseguenza del riconoscimento della sua natura "intrinsecamente afflittiva".[55]

---

[52] Evidenzia questa dicotomia, ad es., A. GARAPON, Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario, Milano, 2007, 137 s.; ma sul punto v. anche E. GRANDE, in Digesto/pen.,vol. XI, 1996, 287, ripercorrendo la tradizione che ha assicurato alle Corti inglesi la fama di "garanti delle libertà individuali".

[53] Cfr., in particolare, Conseil constitutionnel, 18 marzo 2015, Decisione 2014-453/454 QPC e 2015/462 QPC, *M. John et autres*, che – in tema di *ne bis in idem* - ha riconosciuto che i principi di necessità e proporzionalità dei delitti e delle pene di cui all'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino non riguardano in via esclusiva le sanzioni formalmente penali, bensì ogni sanzione che esibisca i connotati sostanziali di una pena. Sull'importante decisione, si rinvia, tra i molti commenti, a F. SUDRE, Principe non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'oeil du Conseil constitutionnel, in La Semaine Juridique, n. 13/2015, 368 ss.; J.R. M MAUZY, La décision du Conseil constitutionnel du 18 mars 2015: un raisonnement d'initié?, in Les Petites Affiches, n. 151/2015, 4 ss.; sul tema, da ultimo, C. ARNAUD, Le cumul des poursuites et des sanctions: divergences constitutionnelle et européennes, in Revue française de droit administratif, n. 5/2015, 1019 ss.

[54] All'aldilà della peculiare garanzia dell'irretroattività penalistica, proprio quello delle leggi retroattive rappresenta, d'altronde, uno degli ambiti in cui ben visibile è l'influenza esercitata dalla giurisprudenza europea su quella costituzionale italiana: lo mette in luce, offrendo una ricca esemplificazione, da ultimo, M. CARTABIA, I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana, in Riv. trim. dir. pubbl., 2015.

[55] Su di un tale (condivisa) premessa 'qualificatoria', la Corte di Cassazione, nella sua massima composizione, ha poi giudicato non confiscabile la vettura condotta in stato di ebbrezza dall'autore del reato, utilizzatore del veicolo in base ad un contratto di *leasing*, se il concedente, proprietario del mezzo, sia estraneo al reato. Tanto sull'assunto per cui, per giurisprudenza della Corte Europea, l'art. 7 CEDU

Analogamente si è mossa la Corte costituzionale con le ordinanze nn. 97[56] e 301 del 2009, che hanno affermato la natura afflittivo-punitiva della confisca per equivalente poco prima introdotta dal legislatore italiano a corredo di taluni reati tributari, riconoscendone l'irretroattività.

2. Viceversa, molto più riottosa, è apparsa la nostra Corte, nell'accettare una equiparazione formale tra giurisprudenza e legge: problema che si è affrontato in un ricorso dove – in estrema sintesi – si chiedeva di equiparare all'*abolitio criminis* (art. 2 c.p.) il mutamento giurisprudenziale favorevole (per lo meno quello sugellato con l'autorevolezza delle Sezioni Unite), reclamandone la retroattività *in mitius*.

In effetti, investiti della questione di costituzionalità dell'art. 673 c.p.p. - volta a stigmatizzare la sperequazione di trattamento riservata al giudicato di condanna per l'ipotesi di *abolitio criminis* 'di marca giurisprudenziale'[57] - i giudici costituzionali italiani si sono dimostrati perentoriamente contrari alla parificazione formale tra legge e giurisprudenza, riaffermando a gran voce principi tradizionali come la riserva di legge e la sottoposizione del giudice alla legge (di cui all'art. 101, co. 2, Cost.), assieme al principio "archetipico" della separazione dei poteri[58].

Segnatamente, la Corte costituzionale ha giudicato preclusa «una meccanica trasposizione nell'ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale» in ragione dello "scarto di tutela" apprezzabile

---

«esige, per punire e cioè per l'irrogazione di una pena e quindi anche della misura della confisca, la ricorrenza di un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta del soggetto cui viene applicata una sanzione sostanzialmente penale» quale quella considerata (cfr., Cass., SS.UU., 19 gennaio-17 aprile 2012, n. 14484, in GI, 2013, 152 ss., con nota di E. ZANALDA, Sulla confisca del veicolo in leasing guidato dal suo utilizzatore in stato di ebbrezza).

[56] Su cui P. CORSO, La confisca per equivalente non è retroattiva, in Corr. trib., 2009, 1775 ss.

[57] La menzionata disposizione del codice di rito italiano contemplando la revoca del giudicato di condanna per i (soli) casi di *abolitio criminis* 'di marca legislativa' e di dichiarata incostituzionalità della norma incriminatrice.

[58] Così Corte cost. n. 230 del 2012, in GC, 2012, 3464, con nota di O. MAZZA, Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido, e, volendo, V. MANES, Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra 'diritto giurisprudenziale' e 'legge'; in merito alla menzionata pronuncia anche A. RUGGERI, Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine convenzionale ("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012), in www.diritticomparati.it, 2012; F. COLOMBI, Gli strumenti di garanzia dei diritti fondamentali fra Costituzione e CEDU: riserva di legge e base legale. Riflessioni a margine di un obiter dictum di Corte cost. sent. 8 ottobre 2012, n. 230, in www.rivistaaic.it, *2013;* sulla "forte cifra politica" della decisione, per tutti, G. INSOLERA, in AA.VV., Cassazione, 2016, 5 del dattiloscritto, ed in vari altri lavori.

nel confronto con la legalità convenzionale[59], affermando, al contempo, che il principio di separazione dei poteri - specificamente riflesso nel precetto che vuole il giudice soggetto (soltanto) alla legge - non può reputarsi cedevole (neppure) al cospetto di un mutamento giurisprudenziale massimamente favorevole, posto che «al pari della creazione delle norme, e delle norme penali in specie, anche la loro abrogazione – totale o parziale – non può, infatti, dipendere, nel disegno costituzionale, da regole giurisprudenziali, ma soltanto da un atto di volontà del legislatore (*eius est abrogare cuius est condere*)».

3. Ancora, resistenze notevoli si registrano nell'accettare, da parte della nostra Corte, la prospettiva di un potenziamento del principio della *lex mitior* che lo assuma a diritto fondamentale, sottraendolo a deroghe, o quantomeno ritenendolo derogabile solo a fronte di controinteressi assiologicamente omogenei rispetto al riconosciuto rango di diritto fondamentale.

Ispirata ad una chiara presa di distanza dalla giurisprudenza di Strasburgo affermata nel citato caso *Scoppola*[60] – se non ad una autentica logica NIMBY (*Not In My Backyard!*) - è apparsa, in particolare, la sentenza n. 236 del 2011[61], con cui è stata rigettata la questione di costituzionalità della norma nazionale che – nel contesto della riforma in materia di prescrizione e recidiva (l. n. 251 del 2005, c.d. *ex*-Cirielli) – ha stabilito un preciso limite alla applicabilità retroattiva della nuova disciplina, in relazione alle (diverse) fattispecie in cui dalla stessa fossero derivati termini prescrizionali più brevi, e dunque più favorevoli al reo[62].

E, in effetti, pur potendo probabilmente motivare la soluzione accolta con l'eccentricità della disciplina della prescrizione rispetto all'ambito operativo dell'art. 7

[59] Tenuto conto che «nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, il principio convenzionale di legalità penale risult[a] meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali)», essendo ad esso estraneo il principio della riserva di legge.

[60] Il riferimento è alla già citata sentenza Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, chiara nel riconoscere la *lex mitior* come declinazione dell'art. 7 CEDU (pur in un contesto ove la stessa giurisprudenza europea non è priva di ambiguità: cfr., ad es., la recente Corte EDU, 12 gennaio 2016, *Gouarré Patte c. Andorra*, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di F. MAZZACUVA, La tensione tra principio della lex mitior e limite del giudicato: la Corte europea elude un confronto diretto con il problema).

[61] Vi ravvisa, meno problematicamente, un'ipotesi in cui «la Corte costituzionale italiana, senza sovrapporsi al compito riservato alla Corte europea, ha mostrato di voler utilizzare appieno il margine di apprezzamento nazionale che le consente di rispettare la «sostanza» del *decisum* della Corte di Strasburgo, adeguando però i principi da essa formulati al peculiare contesto ordinamentale in cui sono destinati ad inserirsi», M. CARTABIA, in Riv. trim. dir. pubbl., 2015.

[62] Limite consistente nell'inapplicabilità della nuova disciplina ai processi pendenti in grado di appello o davanti alla Corte di Cassazione.

CEDU[63] – argomento peraltro valorizzato al fine di temprare la decisione di infondatezza - i giudici costituzionali non si sono sottratti all'impegnativa affermazione secondo cui dalla sentenza *Scoppola c. Italia* non emergerebbero indicazioni circa l'inderogabilità della *lex mitior*, ma, semmai, elementi atti a suggerire la legittimità di una modulazione del principio a fronte di ipotesi peculiari[64].

4. Una impostazione non dissimile sembra animare anche la recentissima sentenza n. 49 del 2015[65], relativa alla questione ancora aperta – e vertiginosa – concernente la possibilità di disporre la confisca anche in assenza di condanna *definitiva* (segnatamente, in caso di proscioglimento per intervenuta prescrizione).[66]

Se in una prima occasione i giudici costituzionali italiani (sentenza n. 239 del 2009) hanno riconosciuto la natura "penale" della confisca urbanistica richiedendo l'accertamento di un "legame di natura intellettuale" tra autore e fatto in sintonia con la decisione della Corte EDU nel caso *Sud Fondi c. Italia*, nella sentenza n. 49 del 2015 gli stessi giudici – oltre a diffondersi in una serie di impegnative precisazioni restrittive circa la vincolatività dei precedenti della Corte europea – hanno scelto di "reinterpretare" l'interpretazione data dalla giurisprudenza europea, propugnando in

[63] Posto che questo concerne, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, le sole "disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono" e non anche qualsiasi disposizione penale successiva alla commissione del fatto che apporti modifiche *in melius* di qualunque genere alla disciplina di una fattispecie criminosa, secondo quanto previsto dall'art. 2, co. 4, del codice penale italiano.

[64] In argomento, volendo, *amplius*, V. MANES, Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali, Roma, 2012, 155 ss., 159 ss.

[65] In GC, 2015, 391 ss., con nota di G. REPETTO, Vincolo al rispetto del diritto CEDU "consolidato": una proposta di adeguamento interpretativo, e di V. MONGILLO, La confisca senza condanna nella travagliata dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Lo "stigma penale" e la presunzione di innocenza.

Sull'importante pronuncia, si vedano, da diverse angolature, le vivaci critiche di F. VIGANÒ, La Consulta e la tela di Penelope (Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione), ivi (in sede di editoriale, sempre in data 30 marzo 2015) e di R. CONTI, La CEDU assediata? (osservazioni a Corte cost. sent. n. 49/2015), in www.giurcost.org.; ancora, A. RUGGERI, Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno, ivi (1 aprile 2015); G. MARTINICO, Corte costituzionali (o supreme) e "disobbedienza funzionale", in www.penalecontemporaneo.it; V. ZAGREBELSKY, Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost, obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione, in Rivista AIC-Osservatorio costituzionale, maggio 2015, 1 ss.; D. TEGA, La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU, in Forum di Quad. cost., 2015; per un più ampio inquadramento della decisione nel quadro della giurisprudenza costituzionale, B. RANDAZZO, Interpretazione delle sentenze della Corte europea dei diritti ai fini dell'esecuzione (giudiziaria) e interpretazione della sua giurisprudenza ai fini dell'applicazione della CEDU, in Rivista AIC, n. 2/2015, 1 ss., e F. POLACCHINI, Controllo di convenzionalità e Corte costituzionale nell'esperienza italiana, in DPCE online 2015-3, 1 ss., in ptc. 24 ss.

[66] Quanto alle criticità che la sentenza esibisce, in specie, sul versante del principio convenzionale di presunzione di innocenza, cfr., volendo, V. MANES, La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza, in www.penalecntemporaneo.it, 13 aprile 2015.

particolare - con una tecnica già sperimentata[67] – una lettura 'debole' della sentenza *Varvara c.* Italia: una lettura, in particolare, alla stregua della quale il giudice europeo, quando ragiona espressamente in termini di "condanna", non avrebbe a mente la forma del pronunciamento del giudice, bensì «la sostanza che necessariamente si accompagna a tale pronuncia, laddove essa infligga una sanzione criminale ai sensi dell'art. 7 della CEDU».[68]

5. Alla luce di ciò, non è difficile prevedere che analoghe resistenze – qui ancor più comprensibili – si registreranno quando la Corte italiana sarà chiamata a decidere se dare ingresso o meno ad obblighi positivi di tutela penale di fonte europea (comunitaria e convenzionale): obblighi, peraltro, che sono già affiorati sul fronte del diritto UE a margine della delicatissima sentenza della Corte di Giustizia UE, 8 settembre 2015, C-105/14, *Ivo Taricco*,[69] e che hanno condotto i giudici interni a sollecitare la Corte

[67] Vale a dire la tecnica che vorrebbe circoscritto il vincolo dell'osservanza della giurisprudenza europea alla sua sola "sostanza": sul punto si rinvia a A. RUGGERI, 'Itinerari' di una ricerca sul sistema delle fonti: XVII Studi dell'anno 2013**,** *Torino, 2014, 245 ss., che la annovera tra le tecniche decisorie utilizzate dalla Corte costituzionale per 'smarcarsi' in qualche misura dai* dicta *di Strasburgo*, al pari di quella che si richiama al bisogno di far valere in ogni caso la Costituzione come "sistema".

[68] Solo per inciso, su tale questione – nell'attesa della pronuncia della Grande Camera sul ricorso *Hotel Promotion Bureau e a. c. Italia* - sembra annunciarsi un "dialogo tra Corti" niente affatto amichevole, sia per quanto concerne il merito della questione, che per quanto concerne il metodo indicato dalla Corte italiana, specie con riferimento alla limitata vincolatività dei precedenti di Strasburgo, circoscritta alla sola presenza di un "diritto consolidato".

[69] Cfr. Corte di giust. U.E., Grande Sezione, 8 settembre 2015, *Ivo Taricco*.

Su questa rivoluzionaria decisione, già amplissima la schiera dei commenti: tra le voci tendenzialmente favorevoli, F. VIGANÒ, Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia (sent. 8 settembre 2015 (Grande Sezione), Taricco, causa C-105/14, in *www.penalecontemporaneo.it*, 14 settembre 2015; A. VENEGONI, La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi, ivi, 29 ottobre 2015; F. ROSSI, La sentenza Taricco e l'obbligo di disapplicazione in malam partem di norme penali: tra integrazione europea e controlimiti, in corso di pubblicazione in RIDPP, 2016; con variegati accenti critici, si veda invece S. MANACORDA, Per la Corte di giustizia le frodi gravi in materia di IVA si prescrivono troppo in fretta: note minime a prima lettura della sentenza "Taricco", in Archivio pen., n. 3/2015; C. AMALFITANO, Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?, in SIDIBlog (www.sidi-isil.org/sidiblog/), 15 settembre 2015; A. CIAMPI, Il cso Taricco impone la disapplicazione delle garanzie della prescrizione: un problema di rapporti fra diritto dell'UE e diritto nazionale e di tutela dei diritti fondamentali, non solo di diritto processuale internazionale, in Int'l Lis, 2015, 113 ss.; G. CIVELLO, La sentenza "Taricco" della Corte di Giustizia: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato, in Arch. pen., 2015, n. 3; P. GAETA, Rapporti, 2015; G. SALCUNI, Legalità europea e prescrizione del reato, in www.archiviopenale.it; O. MAZZA, Il sasso nello stagno: la sentenza Taricco e il crepuscolo della legalità penale, in Rassegna tributaria, 2015, 1554 ss.; M. PROIETTI, Norme sulla prescrizione dei reati fiscali al vaglio della Corte di Giustizia europea: gli effetti dirompenti di una pronuncia di incompatibilità con il diritto sovranazionale, in Boll. trib., 2015, 1677 ss.; L. EUSEBI, Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco, in www.penalecontemporaneo.it, 10 dicembre 2015; E.M. AMBROSETTI, La sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?, in Proc. pen. giust., 2016, n. 1, 49 s.; M. CAIANIELLO, Dum Romae (et Brucsellae) Consulitur…Some considerations on the Taricco Judgement and Its Consequences at National and European Level, in

costituzionale a pronunciarsi sulla effettiva consistenza dei cc.dd. controlimiti che impedirebbero l'integrazione ordinamentale, lamentando una violazione del principio di legalità penale - e segnatamente il corollario della riserva di legge, di cui all'art. 25, co. 2, Cost.[70].

VI. LEGALITÀ IN TRASFORMAZIONE: LUCI ED OMBRE DELLA "COMMON LAW-ISATION OF CRIMINAL LAW"

Come si vede, diversi sono i volti del *nullum crimen* nella rappresentazione offerta dalla giurisprudenza costituzionale e dalla giurisprudenza della Corte EDU, ed ispirate a concezioni della legalità decisamente distanti[71]: quella tradizionale, che vedeva la "certezza del diritto" affidata alla "riserva di legge", e che escludeva il diritto giurisprudenziale dalla "piramide" delle fonti; quella "europea" che alla "certezza del diritto" sembra anteporre la "certezza dei diritti", e che vede nella giurisprudenza non uno spettatore, ma un co-protagonista del fenomeno giuridico, in posizione paritaria rispetto alla legge.

Più in particolare, la legalità penale sembra riposizionarsi in direzione centrifuga rispetto all'assetto posto a base dell'edificio giuridico moderno, dove custodi del diritto - e della sua "certezza" - erano Parlamenti e semmai - quali "legislatori negativi" - i tribunali costituzionali: come si è visto, infatti, è indubbio che il potere giudiziario da

---

European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 24 (2016), 1 ss.; R. CALVANO, La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0, in www.federalismi.it , 20 febbraio 2016; A. CAMON, La torsione d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco, in Arch. nuova proc. pen., 2016, 2 ss.; V. MAIELLO, Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti, in Cass. pen., 2016, 1250 ss.; B. ROMANO, Prescrizione e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?, in www.penalecontemporaneo.it, 15 febbraio 2016; C. SOTIS, I limiti del giudice come controlimiti, intervento al convegno di Milano, 15 aprile 2016, in corso di pubblicazione; A. VALLINI, La portata della sentenza della Corte di Giustizia "Taricco", in corso di pubblicazione; M. BASSINI, Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco, in corso di pubblicazione; inoltre, A. GAMBERINI, La crisi della tipicità. Appunti per una riflessione sulla trasformazione della giustizia penale, in www.penalecontemporaneo.it, 4 aprile 2016, 8 ss.; I. PELLIZZONE, Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale, Milano, 2016, 78 ss.; L. DANIELE, La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione europea, CEDU e sistemi nazionali, ivi, 11 aprile 2016, 17 ss., e da ultimo, volendo, V. MANES, La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti, ivi, maggio 2016.

[70] Così, in considerazione della consolidata giurisprudenza interna che vuole la prescrizione istituto di diritto penale sostanziale, condividendone gli assunti, Corte d'appello di Milano, II sez. pen., ord. 18 settembre 2015, Pres. Maiga, Est. Locurto, su www.penalecontemporaneo.it, 21 settembre 2015, con nota di F. VIGANÒ, Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti'; sulla problematica questione di legittimità costituzionale, tra gli altri, v. ora M. BIGNAMI, Casi critici in tema di legalità penale e diritto europeo, in Quest. giust., 2015, in ptc. 15 ss.

[71] Da ultimo, ne compendia i rispettivi tratti, segnalando le divergenze più problematiche, in specie alla luce dei più recenti arresti della Corte EDU e della Corte costituzionale, M. BIGNAMI, Casi critici in tema di legalità penale e diritto europeo. A proposito di Contrada, Varvara, Grande Stevens, Taricco e qualche fratello, in Questione giustizia, 15 ottobre 2015.

semplice corifeo è ormai divenuto co-protagonista della legalità,[72] e che tale compito "concostituitivo" sia equamente diviso tra Corti europee e giudici comuni,[73] destinatari dei "*grand recits*" delle "Alte Corti", e del resto espressamente riconosciuti – nel sistema convenzionale di tutela dei diritti umani – come "*the first guardians of human rights ensuring the full, effective and direct application of the Convention – in the light of the Court's case law – in their national legal system, in accordance with the principle of subsidiarity*".[74]

Certo questa transizione non è priva di ombre: mentre da alcune angolature il declino della centralità della legge – in uno con la reiezione del formalismo interpretativo – sono salutate con un certo favore,[75] in materia penale si avverte soprattutto, e non da poco, il rischio che la (conclamata) dimensione giudiziale del diritto comporti un intollerabile saldo negativo non solo in punto di tenuta della "separazione dei poteri" (su cui pure – come si è visto - sono edificate le basi più

[72] Fenomeno ampiamente indagato, a partire dal pionieristico studio di A. CADOPPI, Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità, Torino, 1999, ora giunto alla seconda edizione, Torino, 2014, 13 ss., 304 ss. e *passim*, che per primo ha intravisto la transizione espistemologica e costituzionale ora pienamente dispiegata, sforzandosi di proporre una dottrina del precedente relativamente (o indirettamente) vincolante nel diritto penale (al riguardo, si veda anche la stimolante recensione di M. DONINI, Le garanzie istituzionali della legalità penale e un "nuovo" ruolo della Corte di Cassazione: a fianco o al posto del vecchio?, in Cass. pen., 2002, 1165 ss.). Più di recente, oltre ai vari saggi citati, v. le ricchissime analisi di O. DI GIOVINE, Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?, in www.penalecontemporaneo.it (ma v. già Id., Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale, in Studi di Mario Romano, Jovene, Napoli, 2011, vol. IV, 2197 ss.) e di A. GARGANI, Verso una 'democrazia giudiziaria'? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo, in Criminalia, 2011, 99 ss.; inoltre, volendo, V. MANES, Il 'ruolo poliedrico' del giudice penale, tra spinte di esegesi adeguatrice e vincoli di sistema, in CP, 2014, 1918 ss., con ulteriori richiami bibliografici; tra i costituzionalisti, v. ad es., R. BIN, A discrezione del giudice. Ordine e disordine. Una prospettiva quantistica, Milano, 2013.

[73] "[…] il giudice ordinario è sempre meno vincolato alla "legge" (art. 101 cost.) e si pone sempre più in rapporto diretto sia con la Costituzione, sia con altre fonti sovranazionali, tanto da sollevare la discussione su un diritto giurisprudenziale; diritto posto in essere non solo da Corti nazionali ma, in epoca di globalizzazione, da una fitta rete di altre Corti": A. BARBERA, in Enc. dir., Annali, vol. VIII, Milano, 2015, 280.

[74] Si veda la Dichiarazione del 27 febbraio 2015, a margine della *High – level Conference* on the "*Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility*", Bruxelles, 26-27 marzo 2015, in http://justice.belgium.be/fr/binaries/Declaration_EN_tcm421- 265137.pdf.

[75] Emblematica, al riguardo, la riflessione di P. GROSSI, in ID., Ritorno al diritto, 2015, 51 ss., 66 ss. (ed in molti altri precedenti lavori); ma v. anche M. VOGLIOTTI, Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna, in Quad. fiorentini, 2015, 132 ss.; e G. PINO, L'insostenibile leggerezza della legalità penale, cit., 177 ss.; per una posizione incline a sottolienare l'inevitabile creatività del momento interpretativo ma nondimeno ispirata ad uno "scetticismo moderato", v. ora M. NISTICÒ, L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione, Torino, 2015, in ptc. 52 ss. invitando da un lato a "rifiutare l'idea del giudice bocca della legge" ma al contempo a "fare uno sforzo per evitare di cadere nella trappola degli eccessi opposti", e finire col "sostituire un mito con un altro (dal giudice meccanico esecutore della legge al Giudice unico vero decisore del diritto vigente, più o meno efficacemente nascosto dietro il paravento della legge)" (p. 239; su tale studio si veda pure la ricca recensione di A. RUGGERI, A margine di M. Nisticò, L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione, Torino, 2015, in www.diritticomparati.it).

tradizionali del *nullum crimen*, quantomeno nella sua dimensione "continentale" e di "*civil law*")[76], ma anche e soprattutto in punto di "certezza soggettiva del diritto":[77] un saldo negativo evidenziato espressamente da chi denuncia – al fondo dello scenario europeo - una "ridefinizione al ribasso" delle garanzie individuali che presidiano lo *ius puniendi*.[78]

Sono rischi seri, e gravi; e meritano di essere analizzati – conclusivamente – da due diverse prospettive, pur consapevoli che l'indagine meriterebbe ben altro spazio, e capacità.

Da un lato, è a nostro avviso difficile negare il movimento ascensionale dei livelli di tutela che la concezione della legalità patrocinata dalla Corte di Strasburgo - in uno con il flusso inter-giurisprudenziale che la recepisce in sede domestica - hanno sino ad ora attivato[79], ad un tempo seguendo ed alimentando il vettore che orienta l'interpretazione nel *network* multilivello:[80] se una misura "intrinsecamente punitiva" non può più essere applicata, oggi, *sine praevia lege poenale* (né, forse, *sine judicio*), lo si deve alla Corte di Strasburgo, e ad essa pure si deve l'aver smascherato le ferite garantistiche aperte dai mutamenti giurisprudenziali *in malam partem*, ripristinato i

[76] Da ultimo, C. CUPELLI, Il problema della legalità penale: segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge, in GI, 2015, 181 ss.

[77] V. ad es. U. MURMANN, Entformalisierung des Strafrechts – Eine Erste Annäherung, in ID. (Hrsg.), Recht ohne Regeln? Die Entformalisierung des Strafrechts, Göttingen, 5 ss.

[78] Tra le voci più allarmate, G. INSOLERA, in AA.VV., Cassazione, 2016, e V. VALENTINI, Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea, Milano, 2011, 33 ss. e passim; e già ID., Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistemico dell'attuale giustizia penale europea, in ius17@unibo.it, 2011, 1, 97 ss.

[79] Di recente, sottolineando il "benefico dinamismo giurisprudenziale", M. CARTABIA, I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana, in Riv. trim. dir. pubbl., n. 1/2015, 29 ss. 30; analogamente, A. RUGGERI, Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali, in www.giurcost.org, 2015, 770 ss., 782 ss.; nella prospettiva penalistica, volendo, V. MANES, I principi penalistici nel *network multilivello*: trapianto, palingenesi, cross-fertilization, in RIDPP, 2012, 864 ss.

[80] A dimostrazione che "il principio della massimizzazione della tutela" – luminosamente indicato, tra gli altri, da G. SILVESTRI, L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale, Napoli, 2009, 13 ss. - è "l'autentica *Grundnorm* e il *Grundwert* a un tempo delle relazioni interordinamentali (segnatamente, al piano dei rapporti tra Costituzione e Carte internazionali dei diritti), un principio fatto proprio da tutte le Carte e nel quale (perlomeno a parole…) tutte le Corti dichiarano di riconoscersi": così A. RUGGERI, A margine di M. Nisticò, 2015, 7, riprendendo una posizione argomentata in molti altri lavori [ad es., ID., Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in vigore del prot. 16), in www.rivistaaic.it, n. 1/2014, pp. 7 e 14].

Del resto, l'eventualità di una inversione di marcia, rispetto al senso di estensione di tutela, è rara ma non impossibile: un esempio – autorevolmente segnalato (V. ZAGREBELSKY, Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost, obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione,in Osservatorio AIC, 7) - è offerto dalla sentenza della Corte EDU, GC, 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 146, in tema di prova dichiarativa non sottoposta a esame contraddittorio.

presidi di fronte a (talune) "norme processuali a rilevanza sostanziale",[81] così come l'aver arrestato la mortificazione del principio di sussidiarietà con una più graffiante lettura del principio del *ne bis in idem*; ed è ancora la Corte europea che ha assicurato al principio di eguaglianza una tutela più energica – sino a superare, *in bonam partem*, il limite granitico frapposto dal giudicato, "allorquando imprescindibili esigenze di giustizia, venute in evidenza dopo l'irrevocabilità della sentenza, lo esigano"[82] –, e che ha garantito proprio al *nullum crimen* prestazioni che i principi di tassatività e determinatezza non erano mai riusciti a garantire,[83] ponendo un limite alla volubilità giurisprudenziale e rendendo "giustiziabile" quella che è sempre apparsa una *lex imperfecta*.[84]

Dall'altro, ed al contempo, è altrettanto difficile negare che questa "progressione assiologica" si accompagni ad una vera e propria "rivoluzione epistemologica", profilando un sempre più marcato processo di "*common law-isation*" del sistema penale,[85] o forse persino superando quel modello, se è vero – come è stato scritto da una studiosa da sempre attenta a questi temi – che "la natura giurisprudenziale del diritto non appare più dunque oggi, neanche a livello declamatorio, un elemento idoneo a caratterizzare il sistema penale anglo-americano rispetto a quello continentale".[86]

---

[81] Come le modifiche in punto di "benefici sanzionatori" relativi al rito abbreviato, nel caso Scoppola (Corte Edu, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, cit.); anche se la tematica delle "norme processuali a rilevanza sostanziale" resta aperta e spinosa: sul punto, da ultimo, G. TOSCANO, Successione di leggi penali e materia cautelare al vaglio della Suprema Corte (nota a Cass., sez. VI, 8 ottobre 2013-dep. 4 dicembre 2013, n. 48462), in RIDPP, 2014, 2006 ss.

[82] Così le Sezioni Unite nella citata sentenza Ercolano (SS.UU., 24 ottobre 2013-dep. 7 maggio 2014, n. 18821, Ercolano, § 9), rilevando – come già la sentenza costituzionale n. 210 del 2013 – che "i margini di manovra che l'ordinamento processuale riconosce alla giurisdizione esecutiva sono molto ampi. I poteri di questa non sono circoscritti alla sola verifica della validità e dell'efficacia del titolo esecutivo, ma possono incidere, in vario modo, *anche sul contenuto di esso, allorquando imprescindibili esigenze di giustizia, venute in evidenza dopo l'irrevocabilità della sentenza, lo esigano*", ed evidenziando altresì "l'esigenza imprescindibile di porre fine agli effetti negativi dell'esecuzione di una pena *contra legem* a prevalere sulla tenuta del giudicato, che deve cedere alla più "alta valenza fondativa" dello statuto della pena, la cui legittimità deve essere assicurata anche *in executiviis*, fase in cui la sanzione concretamente assolve la sua *funzione rieducativa*, in una dimensione ovviamente dinamica e, quindi, in termini di attualità".

[83] Al riguardo, cfr. la già citata Corte EDU, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*.

[84] Sul divieto di analogia, in particolare – come *lex imperfecta*, per tutti, M. DONINI, L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Per una progressione "legale", prima che "giurisprudenziale", dei principi di offensività e sussidiarietà, in ID., Alla ricerca di un disegno, Padova, 2003, 68 ss., 101 ss.

[85] Intravedeva già da tempo profili di convergenza e di "progressivo ravvicinamento tra le diverse tradizioni giuridiche di *civil law* e *common law*" nella "stanza di compensazione" della giurisprudenza delle Corti europee G. FIANDACA, in Quaderni fiorentini, 2007, 1272 ss.

[86] E. GRANDE, in Digesto/pen.,vol. XI, 1996, 289.

In ogni caso, per chi muova dall'angolatura continentale si tratta di una transizione che lascia intravedere diversi punti di crisi del modello tradizionale, ed altrettante sfide per la scienza penalistica, e per la stessa "democrazia penale".

1. L'attribuzione al *judicial law-making* del rango di "fonte" ben più che di mero "formante", anzitutto, impegna la "scienza penalistica" ad affrontare la nuova dimensione del *nullum crimen* in una prospettiva *prescrittiva* e non meramente *descrittiva*, munendo il "formante giurisprudenziale" – proprio come reclama la giurisprudenza di Strasburgo - dei presidi garantistici che sappiano contenerne le spinte deformanti ed illiberali:[87] compito estremamente complesso in un sistema – e in un ordinamento giudiziario – come quello italiano dove non si assegna vincolatività al precedente, neppure nel caso in cui si sia pronunciata la Cassazione a Sezioni unite, con conseguente volatilità della "legalità giurisprudenziale".[88]

Il punto di crisi è chiaro, ed è altrettanto chiaro il cortocircuito cui sono esposti gli ordinamenti continentali al cospetto della progressiva *commonlaw-isation* del sistema penale:[89] la legalità convenzionale che va forgiando in una nuova dimensione il *nullum crimen* a livello domestico si affida anche – ed anzitutto – al diritto "detto dai giudici", ma – una volta dislocato il presidio di garanzia nel concetto di *prevedibilità* - non stabilisce con chiarezza quale grado di consolidamento sia necessario per riconoscergli una "base legale" convenzionalmente accettabile (ai sensi dell'art. 7 ma anche, come pare, dell'art. 6 CEDU).

Nella sentenza *Contrada c. Italia* – con tutta la precarietà di una indicazione "*constrained by the facts of the case*" – si è indicato l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite come stadio di consolidamento minimo perché il diritto giurisprduenziale potesse dirsi "*accessible*" e "*forseeable*"; ma nell'ordinamento italiano la pronuncia della Cassazione può essere sempre disattesa, avendo dunque efficacia (eminentemente) persuasiva ma non (formalmente) vincolante, potendo ogni singolo giudice comune

[87] E' il compito che si prefigge D. PULITANÒ, Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza, in RIDDP, 2015, 29 ss., considerando appunto il 'formante' giurisprudenziale come un possibile deformante della legalità, e proponendo di riconoscere alle parti il diritto di contestare, con onere di adeguata motivazione e diritto a motivata risposta, la autorevolezza o plausibilità sostanziale di precedenti giurisprudenziali più o meno consolidati; ma è uno sforzo vivissimo anche nell'impostazione di M. DONINI, Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea, in Id., Europeismo giudiziario e scienza penale, Milano, 2011, 63 ss.

[88] V. al riguardo già A. CADOPPI, Il valore del precedente nel diritto penale, 2014.

[89] Cfr., sul punto, anche M. BIGNAMI, in Quest. giust., 2015, 5.

dissentire motivatamente dalla interpretazione proposta anche dalle Sezioni Unite della Suprema Corte.

Al di là dell'assenza della regola dello *stare decisis*, è appena il caso di rilevare che il problema è acutizzato da un contesto strutturale dove – è noto – l'ipertrofia delle incriminazioni consente al "giudice-fonte", in ipotesi, di liberare la propria energia "nomotetica" muovendo dagli innumerevoli *starting points* punitivi – spesso altamente artificiali - dislocati nei più diversi ambiti del traffico giuridico-sociale,[90] con connotati ordinamentali posti dunque a distanza siderale rispetto allo "spirito di *common law*",[91] ed al "*common sense*" cui si richiama la giurisprudenza della Corte EDU,[92] distanza che del resto rimarrebbe tale anche se si avverasse il sogno di chi vagheggia "un codice penale di mille incriminazioni".[93]

2. In ogni caso, due modificazioni "di sistema", a questo riguardo, sembrano meritevoli di essere discusse.

Sul piano ordinamentale, l'attribuzione del carattere di vincolatività alle decisioni (delle Sezioni Unite) della Cassazione appare una modifica funzionale alla stabilizzazione del diritto giurisprudenziale, e dunque alla certezza del diritto,[94] oltre che funzionale ad un riequilibrio interno al potere giudiziario.[95]

Sul versante individual-garantistico della legalità, l'introduzione del meccanismo del *prospective overruling* nell'ordinamento italiano rispetto a condotte precedentemente escluse dalla fattispecie incriminatrice – ben oltre la soluzione

---

[90] Per tutti, si rimanda ai "classici" lavori di F. SGUBBI, Il reato come rischio sociale, Bologna, 1990, e C.E. PALIERO, Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari, Padova, 1985.

[91] Dove la soddisfacente risposta alla domanda di certezza del diritto è stata "teoricamente fornita dall'operare congiunto della teoria dichiarativa del common law – in forza della quale il giudice non crea diritto, ma verbalizza regole e principi di un'antica consuetudine del regno esistente *ab immemorabili* – e della regola del precedente, con conseguente, "tradizionale esclusione del diritto giurisprudenziale dai luoghi scatenanti le preoccupazioni di garanzia nel sistema giuridico ingelese" (E. GRANDE, in Digesto/pen.,vol. XI, 1996, 287 s.).

[92] V. ad es. il chiaro richiamo al "*common sense*" emerso nelle celebri sentenze sulla violenza coniugale: Corte EDU, *S.W. c. Regno Unito* e *C.R. c. Regno Unito*.

[93] M. DONINI, Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro di sistema, in Dir. pen. proc., 2000, 1652 ss. (ed altresì in ID., Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia, Padova, 2003, 219 ss.).

[94] V. già U. MURMANN, in ID. (Hrsg.), Recht ohne Regeln?, 5 ss.; J. SILVA SANCHEZ, in A.M. STILE/S. MANACORDA/V. MONGILLO (a cura di), I principi, 2015, 181 ss., 185 ss.

[95] Cfr. ancora A. GARAPON, Del giudicare, 2007, 144: "Si ha un bel dire che il giudice ha più potere in un sistema fondato sulla regola del precedente che non in quello in cui sia vincolato alla legge: forse si dimentica che soltanto un pugno di alti magistrati della Corte di appello di Londra, o delle Corti supreme nel sistema americano (che non superano mai la decina), può permettersi di contraddire un precedente, laddove i giudici continentali non sono vincolati, quanto meno in teoria, alle pronunce della cassazione".

"tampone" offerta dal potenziamento dell'errore inevitabile di diritto ai sensi dell'art. 5 c.p.[96] - sembra a questo punto una scelta obbligata, per governare le contaminazioni del sistema con un ulteriore "trapianto" di un congegno preso a prestito dallo strumentario di *common law*;[97] e questo "freno di emergenza" dovrà essere reso attivabile ogni volta in cui il mutamento giurisprudenziale – e l'esito *in malam partem* - non fosse, appunto, "prevedibile".

E' dunque su questo crinale – e sulla riscrittura del binomio *legalità/colpevolezza* nelle forme apocrife della *prevedibilità* – che si registra il massimo corrugamento della legalità come garanzia individuale: se il lungo dominio del "giuspositivismo legalistico" ha concesso alla legge ogni contenuto,[98] fomentando nei più diversi ordinamenti "continentali" una dimensione fortemente ipertrofica ed artificiale delle scelte di criminalizzazione,[99] comunque distante da ogni pretesa di conoscibilità, l'approccio "materiale" alla legalità penale – e la sua declinazione in termini di *prevedibilità* – sembra riportare al centro quegli aspetti sostanziali della "riserva di legge" che la stessa non è riuscita ad garantire (aderenza ai valori e alle *Kulturnormen*, obblighi informativi da parte dello Stato e conoscitivi da parte dei consociati, sia pur mediante la consulenza di esperti e – come suole ripetere la Corte EDU – il ricorso ad "*appropriate legal advice*", etc.); aspetti senza i quali ogni discorso sulla prevedibilità della decisione giurisprudenziale – e sui relativi criteri - rischia di tradursi in una ipocrita giustificazione postuma, o in una formula inane.

Per concludere sul punto, alla dottrina penalistica – abituata a misurare la tenuta del *nullum crimen* sulla "graniticità" del *Tabestand* - spetterà dunque il compito di ricostruire una diversa isotonia tra legge e diritto giurisprudenziale, declinano anzitutto i criteri della prevedibilità della *judge-made law*,[100] e così ricostruendo i contenuti di un "nuovo diritto" dell'imputato, estraneo alla tradizionale prospettiva legicentrica e

[96] Soluzione, come noto, patrocinata nella celebre sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988.

[97] Analogamente, ad es., J. SILVA SANCHEZ, in A.M. STILE/S. MANACORDA/V. MONGILLO (a cura di), I principi, 2015, 189.

[98] Cfr. ancora W. NAUCKE, in Gesetzlichkeit und Kriminalpolitik, 1997.

[99] Situazione comune ai più diversi contesti, ed a più riprese denunciata: tra gli altri, C. E. PALIERO, Minima non curat praetor, Padova, 1985; F. SGUBBI, Il reato come rischio sociale, Bologna, 1990; Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), Von unmöglichen Zustand des Strafrechts, Frankfurt a. M., 1985; A. GARAPON/D. SALAS, La République pénalisée, Paris, 1996; J. SILVA SANCHEZ, La expansión del derecho penal, 2ª ed., Madrid, 2001 (trad. it. L'espansione del diritto penale, Milano, 2004).

[100] Criteri tutti ancora da elaborare, giacché – è stato autorevolmente notato – "resta da stabilire quali ulteriori requisiti debbano esigersi dalla interpretazione giudiziale, affinché la garanzia della prevedibilità realizzi tutti i suoi scopi" (J. SILVA SANCHEZ, in A.M. STILE/S. MANACORDA/V. MONGILLO (a cura di), I principi, 2015, 197).

statocentrica di *civil law* e purtuttavia centrale nel modello ibrido di legalità che si va affermando. Un modello che offusca - sia detto per inciso - non solo la distinzione tra dogmatica e politica criminale, o il connubio che per anni si è invocato – ma lo stesso "metodo di costruzione" che ha sempre orientato il giurista di *civil law*:[101] metodo un tempo fissato appunto nel tipo/fattispecie *legale*[102] - referente speculativo ed orizzonte di limite "politico" di ogni discorso penalistico - ed ora sostanzialmente affidato alla *Kriminalpolitik* del giudice-fonte,[103] ed alla sua vocazione ad argomentare – sempre più - mediante principi e norme di matrice (anche) sovranazionale, ben più che mediante categorie dogmatico-sistematiche, comunque assumendo il *Tabestand* – e il "diritto positivo" - a mero *starting point*.

3. Ma lo scenario, come si è visto, dimostra anche il consolidamento di un nuovo (o ulteriore[104]) aspetto di crisi della legalità, interpellando – oltre al profilo individual-garantistico – la stessa istanza democratica sottesa al *nullum crimen*:[105] ed è qui che più lampeggiano tutti i "bagliori costituenti" della transizione in atto, e le rispettive ombre.

Emerge qui, in altri termini, tutta la cifra politica della rivoluzione *in progress*, rispetto alla quale nessun meccanismo di stabilizzazione del precedente – o di perfezionamento della funzione nomofilattica affidata alla Cassazione[106] – sembra in grado di controbilanciare la nuova "autorità para-legislativa" riconosciuta alla *judge-made law*, e di riequilibrare un contesto dove sembrano ormai condivisi dal giudice quei

---

[101] Sul punto, v. anche i rilievi di C. E. PALIERO, Relazione introduttiva, in A.M. STILE/S. MANACORDA/V. MONGILLO (a cura di), I principi 2015, 13 ss., 35 ss.

[102] Per tutti, A. GARGANI, *Dal* corpus delicti *al* Tatbestand. Le origini della tipicità penale, Milano, 1997; W. HASSEMER, Fattispecie e tipo. Indagine sull'ermeneutica penalistica, Napoli, 2007.

[103] Sempre meno "Kriminalpolitik im kleinen" (M. DONINI, in ID., Europeismo, 2011, 45) e sempre più creativa, pur con diverse intensità via via che si allontana dalla decisione individuale (sul punto, M. NISTICÒ, L'interpretazione giudiziale, cit., 195 ss.). V. al riguardo, di recente, anche A. GAMBERINI, La crisi della tipicità. Appunti per una riflessione sulla trasformazione della giustizia penale, in www.penalecontemporaneo.it, 4 aprile 2016.

[104] La crisi, in realtà, è da tempo registrata in vari ambiti: cfr., ad es., B. ACKERMANN, Good-bye Montesquieu, in ACKERMANN/LINDSETH (ed.), Comparative Administrative Law, Elgar, Cheltenham-Northampton, 2010, p. 128 ss.

[105] Sul punto, ampiamente, G. FIANDACA, in Quaderni fiorentini, 2007, 1252 ss., e, più di recente, ID., Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale, in Criminalia, 2011, 79 ss.; ed ancora D. PULITANÒ, Appunti su democrazia penale, scienza giuridica, poteri del giudice, in AA.VV., Riserva di legge e democrazia: il ruolo della scienza penale, a cura di G. Insolera, Bologna, 2005, 121 ss., e O. DI GIOVINE, Ancora sui rapporti tra legalità europea e legalità nazionale: primato del legislatore o del giudice?, in www.penalecontemporaneo.it, ritenendo ormai tempo di assecondare una lettura della "riserva di legge "in chiave di maggiore complessità, se non di possibile relativizzazione".

[106] Una funzione oggi semplicemente…impensabile, al cospetto dell'abnorme numero di ricorsi annualmente proposti alla Suprema Corte italiana (circa 80.000, restando al solo versante penale); sul tema, cfr. ora G. ROMEO, Allegria di naufragi: dove va la Corte di Cassazione?, in www.penalecontemporaneo.it, 12 ottobre 2015; al riguardo, v. ancora G. FIANDACA, Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della Cassazione, in Cass. pen., 2005, 1722 ss.

compiti di garanzia – e di tutela dei diritti individuali - un tempo affidati alla legge e al principio democratico.

E' dunque da questa angolatura che si percepisce la sfida maggiore per la scienza del diritto costituzionale e per la stessa scienza penalistica: che, del resto, non potrà più ambire al proprio ruolo di razionalizzazione fidando sul monopolio del proprio canovaccio "dogmaticamente orientato", e confidando su giudici-corifèi.[107]

* * * * * *

[107] Cfr., con ulteriori graffianti spunti, M. DONINI, in ID., Europeismo, 2011, 20 ss., 40 ss.

Prof. Dr. José Manuel Paredes Castañón
Catedrático de Derecho Penal, Univ. de Oviedo. Patrono de la FICP

~El papel de los expertos y de la "voluntad popular" en la política criminal contemporánea~

I. EL PENALISTA Y EL DIPUTADO

Comenzaré mi exposición planteando una situación concreta, perfectamente realista: con ocasión de que el gobierno de turno impulse en las Cortes Generales una enésima reforma del Código Penal, agravando –por ejemplo- las penas de los delitos de abusos sexuales a menores, un penalista español y un diputado de la mayoría parlamentaria participan en un coloquio en cualquier medio de comunicación. El penalista, muy crítico con la reforma, aduce que las nuevas penas propuestas son, de una parte, completamente innecesarias e inútiles, a la luz de las características criminológicas de la delincuencia sexual contra menores; y que, además, dada su extensión, resultan notoriamente desproporcionadas, por excesivas. Frente a estos argumentos, el diputado de la mayoría replica que existe un estado generalizado en la opinión pública (reflejado en artículos publicados en los medios de comunicación, en iniciativas de recogida de firmas de asociaciones de víctimas, en cartas y mensajes de apoyo de diversas asociaciones y entidades llegados a la Cámara) favorable al incremento de penas que se propone; y que, además, existe un amplio consenso entre la mayoría de los grupos parlamentarios (sólo algunos pocos diputados de la izquierda no participan del mismo) para impulsar la reforma propuesta.

Sin duda, los dos intervinientes en el coloquio relatado aportan argumentos para justificar (o negar la justificación) de la reforma legislativa propuesta. Pero es obvio que la naturaleza de los argumentos de cada uno de ellos es completamente diferente. Así, mientras que el penalista crítico argumenta en torno al contenido de la norma jurídica propuesta, para criticarlo, a la luz de ciertos criterios de valoración (que reputa indiscutibles), el político argumenta de un modo distinto: no entra a discutir el contenido de la norma, sino que aduce que la misma –y su contenido- gozan de un generalizado respaldo; en concreto, del respaldo de aquellos agentes (opinión pública, votantes, partidos políticos) cuyo consentimiento constituye la fuente de la legitimidad política de las decisiones adoptadas por los órganos del Estado. De este modo, las dos clases de argumentos difícilmente se encuentran: uno argumenta que el contenido de la

norma ha de valorarse negativamente, a la luz de ciertos criterios de valoración que no deben ser discutidos; el otro, que la misma resulta políticamente legítima, por lo que hay buenas razones para aceptarla y para obedecerla, *con independencia de su contenido*.

II. EL PROBLEMA: RACIONALIDAD POLÍTICO-CRIMINAL Y AUTORIDAD

La cuestión que se suscita en este ejemplo, y sobre la que va a versar mi trabajo, es justamente la de la relación entre "voluntad popular" y racionalidad político-criminal. El de la tensión, pues, que existe entre los dos términos (que fueron puestos ya en relación –y contrapuestos- en el conocido adagio de Thomas HOBBES: *"Auctoritas, non veritas facit legem"*).

El problema puede ser presentado en términos puramente teóricos, de filosofía política y de teoría de la justicia: como el de los pesos respectivos, y comparativos, que deben tener la legitimidad de origen (*auctoritas*) y la racionalidad del contenido (*veritas*) en la factura de la ley penal y en su valoración. O bien puede plantearse desde una perspectiva más práctica, como un problema de diseño institucional: cómo lograr que el proceso legislativo permita –primero- y favorezca –además- que las leyes penales que en él se creen contengan las suficientes dosis de representatividad (de la soberanía popular) y de racionalidad (vale decir: de justicia, de eficiencia y de eficacia de la acción represiva del Estado), puesto que ambas elementos parecen imprescindibles para que la ley resulte aceptable.

III. BASARSE EN LA REALIDAD

Conviene, sin embargo, antes de dejarse arrastrar a la discusión de índole normativa (a la que volveré al final), dar un paso atrás, para echar un vistazo sobre la realidad: sobre la verdadera realidad, quiero decir, de cómo se definen las políticas criminales y el contenido de las leyes penales. Una realidad verdadera que incluye tanto los hechos (acerca de la delincuencia, del delito y del sistema penal) que están científicamente verificados como las creencias sobre esos mismos tópicos que no resisten ningún análisis serio, pero que, no obstante, por ser ampliamente compartidas, poseen efectos causales también reales. Una realidad verdadera que incluye, pues, ambos elementos (los discursos y la realidad empírica), pero que distingue entre ellos y no los pone al mismo nivel.

Pienso que este vistazo sobre lo que está pasando realmente servirá para que, luego, podamos encarar el debate normativo con mayor tranquilidad. Para disolver muchos falsos dilemas, que –contra lo que se suele pensar- verdaderamente no lo son, o poseen una solución fácil. Porque adelanto ya cuál será mi tesis: que se puede y se debe transitar por ese delgado filo de la navaja, entre el voluntarismo puro (*vox populi, vox dei*), que abocaría a la irracionalidad de la ley, y el racionalismo puro, que conduce a una tecnocracia de las peores (de aquellas en las que el poder se otorga a sedicentes expertos que, en realidad, luego revelan no serlo tanto, pero entretanto han suprimido la igualdad efectiva de todas las voces). Que, en definitiva, la cuestión es de equilibrio: de determinar un punto en el que sea posible garantizar que las leyes posean suficiente legitimidad de origen, pero también suficiente racionalidad por lo que hace a su contenido.

Una descripción que tiene que incluir tanto las realidades materiales (la praxis de cómo se elaboran y se aplican las políticas criminales reales) como los discursos que los diversos agentes sociopolíticos elaboran y propagan acerca de dichas cuestiones. Pero una descripción que (a diferencia de lo que he dicho que ocurre generalmente en las explicaciones seudo-funcionales del populismo punitivo) no confunda los discursos con las realidades materiales: que no acepte, pues, por su valor nominal los discursos que circulan por la sociedad acerca de cuestiones penales, sino que mantenga el saludable escepticismo y espíritu crítico que cualquier científico social debe adoptar como actitud metodológica, cuando se dedica a escuchar el modo en el que los sujetos participantes en una determinada práctica social (aquí, las prácticas político-criminales) se describen a sí mismos, a sus acciones y al entorno en el que actúan.

En efecto, parece evidente que, hablando en términos generales, no es posible dar por efectivamente realizado en la vida social real todo aquello que los agentes proclaman como su intención. Mucho menos, desde luego, en un ámbito tan mediado por el engaño y la seducción (por la propaganda, en suma) como es el de la política. Y, sin embargo, no es infrecuente que (seguramente horrorizados por los disparates que tienen que escuchar –aturdidos, pues, ellos también, por la propaganda) muchos críticos de las políticas criminales punitivistas tomen por políticas efectivas lo que no son más que declaraciones de intenciones, expresiones emocionales o incluso expresiones propagandísticas completamente vacuas.

La investigación criminológica nos muestra, en cambio, que existen profundas discrepancias entre los discursos que predominan en el debate político partidista y ante la opinión pública (*politics*) y las praxis político-criminales efectivas (*policy*) que son diseñadas y aplicadas (muchas veces, incluso, por parte de los mismos líderes políticos, fiscales o responsables policiales que en el debate político declaran otras intenciones). Y que existe un elevado nivel de aislamiento entre el primer momento y el segundo, de manera que la praxis político-criminal es, por razones tanto estructurales (la organización de la justicia penal, las regulaciones legales, las limitaciones presupuestarias, etc.) como culturales (las culturas organizativas y profesionales de los operadores del sistema penal), mucho más resistente al cambio –también al cambio punitivista- de lo que podría pensarse. Y, en fin, que, incluso cuando se intenta aplicar aquello que se prometió (más penas, "mano dura", "cumplimiento efectivo", etc.), las circunstancias políticas y los obstáculos estructurales y culturales rara vez permiten otra cosa que algunos magros resultados, debido a la falta de constancia, de recursos, de estrategia, de apoyo político, a la resistencia burocrática, a la resistencia social,…

Todo esto, por supuesto, no quiere decir que los discursos punitivistas resulten, cuando no son aplicados efectivamente en su momento, inanes, que no produzcan efecto alguno. Al contrario, producen cuando menos un efecto muy importante: ir transformando, lenta, pero (si no son combatidos, mediante una propaganda política contraria) indefectiblemente, la cultura política. Creando así las condiciones para que, en el medio plazo, las resistencias de la praxis político-criminal a los objetivos punitivistas se vea erosionada, y dicha praxis sea también verdaderamente transformada. No obstante, mientras tanto, mientras ese fatal momento llega, deberíamos seguir siendo capaces de distinguir entre lo que se dice que se va a hacer y lo que luego se hace realmente.

IV. EL DISCURSO POLÍTICO-CRIMINAL PUNITIVISTA

¿Qué es lo que se dice? Si intentamos presentar una descripción más o menos completa del discurso punitivista como ideología, creo que podríamos hacerlo a partir de las siguientes piezas (que pueden identificarse en discursos políticos, mensajes de los medios de comunicación y contenidos elaborados y difundidos por la industria cultural):

— El delito por antonomasia (para el que hay que diseñar las políticas criminales) es el delito callejero y violento.

— El delincuente por antonomasia (para el que hay que diseñar las políticas criminales) es un depredador violento, completamente extraño a nosotros (miembros de la comunidad), a quienes aterroriza y a quienes está acechando, a la espera de su oportunidad.

— El delito admite una explicación fundamentalmente volitiva: el delincuente lo es principalmente porque decide serlo.

— El castigo al delincuente está siempre moralmente justificado.

— Además, el castigo al delincuente, si se aplica en la medida adecuada, es efectivo para impedir que delinca (o vuelva a delinquir).

— La víctima del delito es característicamente inocente, indefensa, sin voz.

— Todos somos víctimas potenciales: si no de hecho, al menos sí por nuestra capacidad de empatía, para ponernos en su lugar. Las víctimas merecen toda nuestra solidaridad.

— El Derecho Penal es un juego de suma cero: lo que se da al delincuente se le quita a la víctima.

— La falta de atención a los deseos y necesidades de la víctima son síntomas de la ineficacia del Estado, que deben ser combatidos.

— El buen líder político es el que se atribuye la condición de defensor de las víctimas.

— El buen líder político es un acusador, un fiscal.

— Un buen líder político es "duro con el crimen": cuanto más duro, mejor líder. (Aunque, claro, compitiendo por ser más duro, siempre hay alguien que logra aparecer como más duro que uno mismo…)

— Si la represión penal no funciona, es por la ineficacia del Estado (y de sus funcionarios). Si estos se esforzaran más…

— Sería deseable que la "conmoción social" ocasionada por el delito fuese un criterio a tener en cuenta a la hora de adoptar aquellas decisiones que son discrecionales, tanto por parte de la policía y de la fiscalía como en sede judicial y en sede penitenciaria. Los casos penales deberían, pues, ser examinados y resueltos a la luz del efecto colectivo (estabilizador, tranquilizador –para la comunidad-, resarcitorio –

para la víctima) que se supone que dicha solución posee; y no en virtud de sus propios méritos.

— El máximo de justicia consiste en equiparar lo más que sea posible la pena conminada en abstracto con la pena impuesta en concreto. Y ésta, a su vez, con la pena efectivamente cumplida. Hay que acabar, pues, con los sustitutivos penales y con los beneficios penitenciarios.

— La cárcel es el vertedero donde van a parar los desechos de la sociedad. Porque es lo único que se puede hacer con los delincuentes: apartarlos, para que no sean peligrosos.

V. CÓMO SE CONSTRUYE (SOCIALMENTE) EL PUNITIVISMO

Si comenzamos por la primera de las cuestiones, la explicativa, a estas alturas tenemos ya evidencia empírica suficiente para construir un modelo bastante fiable de cómo tiene lugar la construcción del discurso punitivista "de sentido común", así como de por qué dicho discurso tiene serias dificultades para penetrar en las prácticas reales de la justicia penal (al menos, a corto plazo, mientras no es capaz de transformar las culturas profesionales de los agentes del sistema penal). Expuesto en sus líneas generales, dicho modelo sería como sigue:

1. Atención pública a las cuestiones criminales

Las cuestiones criminales reciben un nivel de atención constante por parte de la ciudadanía muy reducido. No obstante, se los considera importantes, de manera que la atención potencial, una vez que el tema es suscitado, es muy alta.

2. Politización: grados

La politización de las cuestiones criminales puede producirse en distintos grados:

— como una preocupación extendida, pero subyacente;

— como un tema de debate abierto en la agenda institucional;

— como propuestas específicas de reforma;

— en el caso extremo, como condición para apoyar o no a un candidato a un cargo.

3. Ambivalencia y sesgos en la opinión ciudadana

La opinión ciudadana sobre sobre las cuestiones criminales y sobre la justicia penal es siempre ambivalente. Pues, al tiempo que opera efectivamente, el mito de la ineficacia y lenidad de la justicia penal, compiten con él otros mitos (como los de la redención, de los derechos, de la injusticia social, etc.), también populares.

Y, además, tampoco es uniforme, sino que está condicionada, además, en parte por el género, la etnia, la clase social, el nivel sociocultural, la edad y el lugar de residencia de quien opina.

4. Miedo al delito

El miedo al delito no es generalizado, a nivel personal (aunque esta afirmación ha de ser matizada, en función del género, edad y barrio de cada persona). Pero sí lo es la preocupación por el delito como problema social.

La experiencia de la victimización es antes simbólica (vicaria) que directa.

5. El papel de los medios de comunicación

Los medios de comunicación y la industria cultural son los principales mecanismos a través de los cuales se difunde entre la ciudadanía el discurso punitivista. Y ocurre que, en ellos:

— En términos cuantitativos, se da una cobertura desproporcionada a la delincuencia.

— En términos cualitativos, se cubren principalmente los delitos más infrecuentes; los delitos cometidos por extraños; los delitos cometidos por miembros de ciertas etnias y clases; los delitos cometidos contra ciertas víctimas (no representativas).

— Los delitos se cubren de forma episódica, no temática.

— Se emplean estereotipos (étnicos, de clase, de género).

— Se simplifican regularmente (presentando cursos causales sencillos y monocausales y atribuibles a factores claramente identificables e individualizables) problemas político-criminales que en realidad son complejos y se encuentran inmersos en dinámicas multicausales.

— La información e interpretación se apoya fundamentalmente en fuentes del sistema penal mismo.

— Predominan ciertos marcos cognitivos sobre otros: en concreto, en el caso de los discursos dirigidos a las masas (no así en editoriales o artículos de fondo), los marcos cognitivos que SASSON denomina "marco del sistema penal fracasado" (hay delincuencia porque el sistema penal no sabe tratarla adecuadamente) y "marco de la fractura del pacto social" (hay delincuencia porque ya no se respetan las normas como antes).

6. La industria cultural

Además, en el caso concreto de la industria cultural (especialmente, la parte de ésta más orientada hacia un público de masas: literatura con vocación más comercial, cine, televisión, etc.), existe amplia evidencia de que: a) el crimen está sobrerrepresentado; b) el policía aparece habitualmente como el héroe; y c) el crimen violento aparece como el paradigma del delito.

Está demostrado que el público más expuesto a la información (sesgada) acepta con mayor facilidad una percepción alterada de la realidad criminológica, y la concepción de que hay que ser "duros con el crimen".

7. La constitución de la "opinión pública"

Los sujetos crean su opinión (la opinión pública se crea) recurriendo a marcos cognitivos para explicar los fenómenos sociales. Los sujetos recurren principalmente a aquellos marcos cognitivos que les resultan más fácilmente disponibles, accesibles. Para ello, hay tres clases de recursos disponibles: "sabiduría popular" (esto es, la tradición cultural asentada), experiencias personales, discursos de los medios e industria cultural. El grado de disponibilidad de dichos recursos y de los marcos cognitivos correspondientes depende de: constantes culturales, la clase social, la etnia, el lugar de residencia (campo o/ ciudad, en qué barrio,…), inserción familiar, medios de comunicación accesibles, tipo de consumo cultural. La elección de un marco deriva de una combinación de intereses (en autoubicarse), de interacción con los demás y de proyección de obsesiones culturales.

Cuáles sean los recursos disponibles, y cuál la combinación de ellos que dé lugar a la opinión pública, es algo que depende en buena medida (cuando, como es el caso de los países occidentales desarrollados, las constricciones estructurales son similares) de la cultura política hegemónica en cada sociedad: grado de competitividad política (o de

consensualismo), competitividad entre los medios de comunicación y tipología de su público, etc.

8. Discontinuidades entre los aspectos simbólicos y los operativos

Existe una ventaja evidente en la explicación volitiva desde el punto de vista político (de la política simbólica: *politics*): permite presentar una visión simplificada del problema de la delincuencia y de sus posibles soluciones, el mito del crimen y el castigo. Sin embargo, esta ventaja desaparece cuando se pasa de lo simbólico a lo operativo (a la *policy*): en este ámbito, las complejidades y ambivalencias de la evidencia criminológica recobran su relevancia (para el profesional, encargado de aplicar políticas criminales).

9. Los grupos de presión

Los únicos que prestan una atención constante a las cuestiones criminales son determinados lobbies: sindicatos policiales, empresas de seguridad privada, asociaciones de comerciantes, movimientos sociales,… Son los elaboradores de demandas, los empresarios morales (que lanzan iniciativas para cambiar las políticas criminales existentes).

10. Iniciativas punitivistas

Los intentos de politizar las cuestiones criminales suele proceder de esos sectores específicos. Suelen ser resistidos, en principio, por los operadores del sistema penal, y con frecuencia también por las élites políticas. E igualmente, en el caso de que existan, por aquellos grupos sociales temerosos de convertirse en víctimas de la política de "dureza con el crimen": minorías étnicas, sexuales, etc. (siempre que sean políticamente relevantes).

11. Pánicos morales

El "pánico moral" es el mecanismo (ideológico) a través del cual la atención de la ciudadanía es concentrada, en un determinado momento, sobre una cierta tipología de víctima, de delito y de delincuente. El pánico moral es un fenómeno social generalizado de miedo (emocionalmente cargado) a la amenaza constituida (supuestamente) por la conducta de ciertos sujetos desviados.

Los elementos del pánico moral son, pues, la existencia de una preocupación (emocionalmente cargada); la personificación del problema en ciertos sujetos (*"folk*

devils"), estereotípicos, en los que se concentra la hostilidad; la existencia de un consenso generalizado acerca de la existencia de un auténtico problema y de que "hay que hacer algo" para solucionarlo; la desproporción de la reacción (en atención a la gravedad real del problema); y la volatilidad del miedo.

El pánico moral constituye, pues, un mecanismo ideológico: un mecanismo de desviación de ansiedades, de problemas reales graves e irresolubles, hacia problemas (inexistentes, o reales, pero menores) simples (simplificados: identificándolos con un grupo de sujetos desviados).

La secuencia causal a través de la cual tienen lugar los pánicos morales parece ser la siguiente:

— Existencia de determinadas ansiedades sociales (ambiente social que lo propicia).

— Existencia de un grupo de interés que lo promueve.

— Los líderes sociales, detentadores del poder filtran el pánico, amplificándolo o reprimiéndolo.

— Los medios son la herramienta con la que se construye el discurso del pánico moral (se pone el tema en la agenda): se construye una "realidad" (falsa, pero) verosímil. Lo suficientemente alejada de la experiencia inmediata del público como para poder ser creída, pero lo suficiente próxima a dicha experiencia para aprovechar sus ansiedades.

— El papel de la ciudadanía es el de la reacción populista: frente a los desviados (los –supuestos- responsables de la amenaza), y/o frente a "la élite" (que "no hace nada" para evitar el –supuesto- mal), o frente a los dos. Porque tanto unos como otros pueden llegar a ser considerados los "verdaderos" responsables de la amenaza.

12. Electoralismo en las cuestiones criminales

En este contexto, la tentación de emplear las cuestiones criminales y la política criminal como armas de propaganda política es grande.

No hacen falta elevadas tasas de delincuencia para que la cuestión criminal se politice. Los incrementos en la delincuencia pueden "echar a rodar la bola", provocar el inicio de la cadena causal. Pero, luego, el camino que siga el proceso resultará ya independiente de la evolución de la delincuencia.

El incremento (o pretendido incremento) de la delincuencia es presentado a través de ejemplos particulares, especialmente horribles y llamativos (siempre de crimen callejero: depredadores extraños actuando sobre personas decentes). Con ello, el caso anecdótico es convertido, ante los ojos del público, en la categoría usual de crimen. Este es el escenario que genera el miedo al delito.

El aprovechamiento político de la delincuencia se limita a aprovechar este contexto social: se trata, pues, de una conducta meramente oportunista (que, sin embargo, puede reforzar el proceso). Una conducta oportunista que, sin embargo, puede ser sincera (puede que el político esté convencido de que hay un problema con la delincuencia, que debe ser afrontado), o bien puramente cínica (si el político sabe que no hay tal problema, pero, a pesar de ello, decide aprovecharse del ambiente social favorable).

Utilizar electoralmente el delito es una tentación constante: al público le preocupa, por lo que es fácil alcanzar audiencia y apoyos; el mito del crimen y el castigo proporciona una propuesta clara y simple que plantear; y la coartada de la lucha contra el crimen vuelve a la opinión pública más permisiva con el uso (y abuso) de dinero y autoridad por parte del político.

Una vez lanzado el tema de la delincuencia en el ámbito de la lucha electoral, no es probable que ningún político se atreva a plantear propuestas alternativas a las que dicta el mito, pues sería extremadamente arriesgado para él.

En el discurso electoralista sobre el crimen, los malos son los jueces; los buenos, los policías. (Las víctimas aparecen siempre tan sólo en el trasfondo.)

13. Contra los conspiranoicos

En realidad, las oleadas de campañas punitivistas no obedecen a una estrategia común, sino a una confluencia de estrategias: los medios, con su búsqueda de público; los políticos, en su búsqueda de votos; las agencias del sistema penal, en su búsqueda de protagonismo, libertad de acción y presupuesto. Tanto políticos como medios operan de forma cíclica. Los únicos que operan como un lobby constante con objetivos claro son las agencias del sistema penal.

VI. ¿"DEMOCRACIA EN ACCIÓN"?

A tenor de lo acabado de exponer, podemos, pues, dar por muertos (por carentes de cualquier justificación epistemológica plausible) dos mitos sobre los que pretende fundarse el discurso punitivista "de sentido común". En efecto:

— Ni el desenvolvimiento del discurso punitivista, y de sus demandas de modificación de las prácticas político-criminales, posee, de una parte, conexión demostrable alguna con la evolución de las tasas de delincuencia. Antes al contrario, está firmemente demostrado que la evolución de ambas variables (punitivismo y delincuencia) son prácticamente independientes y evolucionan conforme a lógicas radicalmente diferentes.

— Ni, de otra, tampoco puede afirmarse seriamente que el discurso punitivista sea una manifestación de la "democracia en acción": esto es, que sea un reflejo fiel de las creencias generalizadas entre los integrantes del pueblo soberano. Pues, por el contrario, se ha demostrado también que el discurso punitivista tiene autores y causas (micro-sociales) bien determinadas, que no tienen que ver necesariamente con lo que la mayoría de los electores piensan (que, en sí mismo, es siempre ambiguo, complejo, contradictorio), sino con lo que se hace pasar (mediante una magistral manipulación ideológica) por tal.

VII. EL PUNITIVISMO Y LOS EXPERTOS: ¿POPULISMO PUNITIVO?

Siendo esto así, hay que volver –para finalizar- sobre la cuestión normativa: sobre la (siempre problemática) relación que debe existir entre expertos, opinión pública y soberanía popular (del Poder Legislativo) en el diseño y en la evaluación de las políticas criminales.

En este sentido, parecería que el discurso punitivista es, asimismo, un discurso populista, en el sentido estricto en el que en ciencia política se emplea esta expresión: el populismo es un término político para designar corrientes heterogéneas, pero caracterizadas todas ellas por su aversión a las élites económicas e intelectuales, su denuncia de la corrupción política por parte de las clases privilegiadas y su constante apelación al *"Pueblo"*. En el caso del discurso punitivista, es también populista en la medida en que su retórica conlleva elementos de contraposición entre el (pretendido) "sano sentido común (punitivista) popular" y la forma "tramposa" (por alambicada y poco representativa) de los expertos.

De este modo, un elemento clave del discurso punitivista es la desconfianza y el desprecio, apenas disimulado, por la posibilidad de que los expertos, los profesionales puedan introducir filtros (basados en argumentaciones vistas como "tramposas": las relativas a lo que es justo, razonable, eficaz,…) que manipulen y deformen la "voluntad popular". Esto, en términos prácticos (es decir, cuando se pasa de la retórica a la política), se traduce –a veces- en una pérdida de influencia de los expertos y de los profesionales sobre el diseño y la evaluación de las políticas criminales.

Conviene, sin embargo, no perder de vista la realidad (más allá de los discursos): más que una marginación de los expertos y de los profesionales, lo que el discurso punitivista promueve es una transferencia de poder, entre distintos grupos de expertos. En concreto, promueve una transferencia de poder desde expertos independientes (en alguna medida) hacia expertos sujetos a la autoridad del Poder Ejecutivo. Así, se transfiere poder de los expertos externos e independientes (investigadores, intelectuales, etc.) en favor de los funcionarios. Y, de entre estos, se transfiere poder de los jueces y tribunales hacia la policía y la Administración. Es decir, lo que en la retórica aparece como una lucha (por el poder) entre expertos y "el pueblo", en la práctica es más bien una lucha por apartar (lo más posible) a expertos y profesionales independientes de los procesos de toma de decisiones: a aquellos expertos y profesionales que son (más) independientes del poder político (de los partidos políticos, del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública).

Así pues, por lo que hace al papel de expertos y profesionales, la cuestión decisiva, más que la abstracta de la relación entre saber y poder, es la mucho más concreta del grado de independencia, de objetividad y de imparcialidad en las aportaciones que aquellos realicen al proceso de toma de decisiones político-criminales.

Que ello sea así es importante, me parece, para eludir un debate de principios acerca de la relación entre saber y poder (que es irresoluble en términos racionales). Por el contrario, si no se discute que las decisiones político-criminales deben ser adoptadas por quien ostente la autoridad suficiente, pero tampoco que es imprescindible la aportación del filtro de racionalidad que expertos y profesionales pueden proporcionar a las mismas, entonces la discusión normativa puede y debe concentrarse en aquello que es verdaderamente relevante: sobre las cuestiones del equilibrio entre lo uno y lo otro y del reparto de roles más adecuado en el proceso.

VIII. CRÍTICA DEL DISCURSO TECNOCRÁTICO

Las anteriores aclaraciones ayudan, me parece, a eludir una tentación que está siempre presente entre quienes –en tanto que teóricos- nos ocupamos de la problemática relación entre racionalidad política-criminal y democracia: la tentación tecnocrática. Una tentación en la que algunos caen sin más, de forma abierta. Así, hay quien (como, muy señaladamente, Franklin E. ZIMRING) opina que la clave de los problemas de irracionalidad ocasionados por la expansión del discurso punitivista "de sentido común" estriba, precisamente, en el debilitamiento que dicho discurso viene ocasionando tanto en la libertad de los expertos para adoptar decisiones racionales y como en su aislamiento respecto de la lucha política democrática (necesariamente participativa, abierta al debate y a la propaganda –y a la demagogia…). Y que, por consiguiente, la solución pasaría por reforzar dicho aislamiento y dicha libertad: por distanciar, en suma, al pueblo de las decisiones político-criminales.

La cuestión es, sin embargo, que tanto el análisis del problema como la solución que se propone para el mismo se revelan, en mi opinión, harto dudosos. En efecto, en primer lugar, hemos visto ya más arriba que, en realidad, el surgimiento y desarrollo del discurso punitivista no tiene tanto que ver con las creencias efectivas de los ciudadanos cuanto con ciertos fenómenos –eventuales, no necesarios- de la dinámica política en las democracias de masas: existencia de grupos de presión, papel de los medios de comunicación y de la industria cultural, relación entre líderes políticos, medios y electorado, etc. Así pues, en tanto esta dinámica no se transforme sustancialmente, parece que la única solución para evitar que –a veces- se produzcan brotes de punitivismo sería eliminar por completo las cuestiones político-criminales del ámbito de lo decidible democráticamente. Un precio muy elevado, demasiado, que no deberíamos estar dispuestos a pagar.

En segundo lugar, creo que no se debe poner al mismo nivel (como a veces parece hacer Zimring) el momento de la aplicación de la política criminal con los momentos de su diseño y/o evaluación. Pues pienso que la situación, desde el punto de vista valorativo, no es la misma. En concreto, me parece claro que el momento de la aplicación de las políticas criminales y del Derecho penal debe permanecer mucho más aislado de la presión de la opinión pública, por la sencilla razón de que en él se sustancian cuestiones que afectan necesariamente a los derechos fundamentales de los ciudadanos (sospechosos, detenidos, imputados, acusados, penados,…, pero también de

las víctimas, y a veces de terceros). Y porque, justamente, los derechos deben actuar, y ser preservados, como –en famosas palabras de Ronald DWORKIN- "triunfos" en manos de los individuos, para oponerlos a la voluntad de las mayorías. En cambio, en el momento del diseño y/o de la evaluación de las políticas criminales, lo que está en juego sobre todo son las cuestiones de la justicia y de la racionalidad instrumental de las decisiones sobre qué reprimir y cómo hacerlo. Aunque es posible –lo veremos a continuación- que la ciudadanía no tenga mucho que decir en relación con la segunda de las cuestiones, es obvio que sí que lo tiene, y mucho, respecto de la primera.

Tanto o más –en tercer lugar- que los expertos: no sólo por razones (políticas) de representatividad y de soberanía, sino también por razones de racionalidad. Pues no es que los expertos sepan más y decidan mejor (sobre cuestiones de justicia) que la ciudadanía: lo que ocurre, simplemente, es que deciden empleando métodos y estilos diferentes.

En efecto, no creo que sea justo contraponer –como hace ZIMRING- el "puro poder" (arbitrario), propio del punitivismo "populista", a la (pura) "razón", propia del experto. Y ello, porque dicha contraposición se presenta, en tales términos, como si nunca hubiese existido Michel Foucault: esto es, como si a estas alturas fuese todavía posible ignorar (de un modo inocente, no cínico) las íntimas relaciones que existen entre las formas de saber y las formas de poder. Que afirmar que una determinada acción es razonable y que, porque lo es, debe ser realizada (y no otra cualquiera), no constituye un ejercicio de razón pura, sino de racionalidad práctica, que siempre va unida (en cuanto a sus fundamentos, a su contexto y a sus consecuencias) a actos de poder. Que el experto (el experto que propone políticas), pues, no es tan sólo un teórico, sino (también) un tecnócrata: alguien que ejerce poder, sobre otros y conforme a una determinada lógica.

Es cierto que la lógica del poder del tecnócrata es más racional que la del poder puramente soberano. O, por decirlo otra vez con FOUCAULT: el poder puramente soberano es un poder orientado hacia la disciplina de los cuerpos a él sometidos (y, en el extremo, a darles la muerte: es un poder necropolítico), que gira en torno al simbolismo. Mientras que el poder del experto es un poder racionalizador, un poder orientado hacia el control y la gestión de la vida (un poder biopolítico, pues). Gestión de la vida que se esfuerza en economizar los recursos necesarios para ejercer el poder y en optimizar los resultados de dicho ejercicio (apoyándose para ello en el conocimiento). Ello, sin embargo, en nada garantiza que la decisión biopolítica del experto (sin duda, más

racional desde el punto de vista instrumental, más económica) resulte necesariamente también más justa.

Mi opinión, por consiguiente, es que es preciso intentar distinguir, en el ámbito del debate político-criminal (sobre el diseño y evaluación de políticas criminales, no sobre su aplicación a casos concretos) aquellas cuestiones que tienen más que ver con la justicia (con la moral y con la política, por lo tanto) de aquellas otras que tienen más que ver con la racionalidad instrumental (realizabilidad, eficacia, eficiencia). Que en relación las primeras es preciso reconocer sin más que la autoridad sobre las mismas debe corresponderle, en un régimen político (mínimamente) democrático, al soberano: esto es, al pueblo. (No al legislador. No directamente, al menos, sino, en todo caso, únicamente de forma indirecta, por delegación. El matiz, como veremos a continuación, es importante.) Y que, por consiguiente, por lo que hace a las cuestiones de justicia, el papel del experto sólo puede y debe ser –a lo sumo- el de consejero, carente de cualquier poder de decisión (aunque no necesariamente de autoridad: no política, sino teórica).

En cambio, propondré que, en el caso de las cuestiones de racionalidad instrumental, el papel del experto debe ser mayor. Y ello, porque una legislación que se pretenda justa debe también, para serlo, resultar (mínimamente) racional desde un punto de vista instrumental. Y, para lograrlo, resulta imprescindible la aplicación de conocimientos teóricos, que usualmente están en manos de los expertos.

IX. SOBERANÍA POPULAR Y DEBERES DE JUSTICIA

Como acabo de exponer, mi opinión es que no existe ninguna razón normativa que resulte convincente (si se aceptan los presupuestos mínimos de la justificación de la democracia como régimen político) para pretender sustraer al soberano las decisiones acerca de qué política criminal es la más justa. De manera que en ningún caso me parece que pueda estar justificada una solución que pase por aislar tales decisiones de la soberanía popular.

Ahora bien, afirmar lo anterior no significa aceptar (como si se tratase de un paquete conjunto e inseparable) toda una serie de consecuencias añadidas, que muchas veces se suelen (cuando menos, en el discurso punitivista –que, como veíamos, se pretende "populista") dar por necesarias y que, sin embargo, en mi opinión no lo son.

Así, en primer lugar, afirmar que la autoridad para la definición de lo que es justo en materia político-criminal debe estar en manos del pueblo soberano no significa dar por buena sin más la tesis, diferente, de que lo que la mayoría de la opinión pública (determinada a través de algún medio empírico disponible) opine en cada momento, sobre qué delitos deben existir y qué sanciones debe haber para los mismos, es lo que debe plasmarse efectivamente en las políticas criminales y en la legislación. Y ello, porque en realidad no existe ninguna razón moral sólida que permita pasar del hecho de una opinión pública (determinada como) mayoritaria, en un momento y lugar dados, a la proposición normativa de que tal estado de opinión deba reflejarse directamente en las leyes.

Por consiguiente, es importante distinguir, en este caso, cuidadosamente entre la cuestión fáctica y la cuestión normativa. Desde el punto de vista fáctico, es evidente que (así reza uno de los presupuestos básicos de la concepción positivista del Derecho) la norma jurídico-penal lo es (y, más en general, la política criminal constituye una política pública) en virtud de hechos, sociales, institucionales: del hecho de que ciertos órganos que gozan de autoridad reconocida para ello decidan, conforme a ciertos procedimientos, reconocer como –respectivamente- "Derecho" o "política pública" ciertas decisiones, con un determinado contenido normativo, y no otro. En cambio, cuando se trata de determinar qué Derecho y qué política criminal tiene derecho (moral) el pueblo soberano a dictar, entonces la respuesta es la misma que le daríamos a un monarca o a un déspota: solamente una política y un Derecho justos; esto es, justos conforme a criterios intersubjetivamente aceptables y críticamente considerados.

El pueblo puede, pues, crear cualquier Derecho y cualquier política criminal. Pero no debe (si quiere ser justo): debe respetar los principios y reglas propios de una ética crítica. Tal es la esencia de mi tesis.

O, expresado en otros términos: el hecho de que una ley o una política tengan origen en la voluntad popular no exime a su autor –el pueblo soberano- de la obligación de justificar su decisión en términos morales. No le exime, al menos, si ese pueblo pretende ser justo, y no renuncia por principio a la pretensión de serlo. Es decir, también en el caso de las entidades colectivas, la acción implica responsabilidad moral. Es preciso, pues, predicar la responsabilidad que el soberano adquiere cuando se actúa, a través de la política criminal, en su nombre. Y, al igual que en el caso de cualquier otra acción, cualquiera tiene derecho a pedir cuentas al pueblo, en nombre de los valores

morales más importantes (señaladamente, el de justicia) por qué, cómo y con qué límites se administra represión y "justicia penal" en su nombre.

En segundo lugar, pienso que es importante resaltar cuál es la relación de responsabilidad moral que se establece cuando se decide adoptar una determinada política criminal: la responsabilidad moral es imputable al soberano, porque es en su nombre en el que se deciden las políticas (unas políticas que afectan a los derechos y al bienestar de las personas) y en el que las mismas van a ser puestas en práctica.

Así pues, la responsabilidad moral principal por las actuaciones concretas que se llevan a cabo en ejecución de una determinada política criminal no es (en primera instancia, cuando menos) del legislador (y menos aún de los jueces u otros aplicadores del Derecho): es del pueblo soberano, en cuyo nombre se legisla. Es a él a quien se puede y se debe imputar la responsabilidad, tanto de lo bueno como de lo malo, que de las políticas criminales resulte.

A mi entender, esta idea no es baladí. Por el contrario, debe servir para dos cosas: primero, para transmitir un mensaje que contribuya a educar a la ciudadanía, en sus responsabilidades y deberes (a mí, como ciudadano, me importa qué se hace en mi nombre); y segundo, para orientarnos a la hora de proponer medidas de diseño institucional. Pues, en efecto, creo que –como a continuación sugeriré- mucho se puede ganar en este sentido si se tiene claro que puede haber medidas de tal índole que favorezcan la conciencia popular acerca de dicha responsabilidad moral (y, consiguientemente, una administración más racional y prudente de la potestad punitiva), aunque ello signifique limitar ciertas potestades del Poder Legislativo. Para un demócrata radical (como quien suscribe), tal hecho no debería ser óbice.

X. UN DISEÑO INSTITUCIONAL QUE FAVOREZCA LA JUSTICIA

Si se aceptan las tomas de posición acabadas de exponer, entonces los problemas que se plantean son los usuales en el ámbito de la ética pública: primero, el de elaborar principios y reglas morales que sean merecedoras de ser ampliamente compartidas por la ciudadanía; y, segundo, el de elaborar un diseño institucional que favorezca la aparición y la aplicación de tales reglas. Sobre la primera de las cuestiones, la de los criterios de justicia, nada diré aquí, puesto que es un tema harto complejo, del que además me he ocupado ya por extenso en ocasiones anteriores.

Sí quiero, en cambio, realizar alguna observación en relación con los problemas de diseño institucional. Ante todo, conviene llamar la atención sobre el hecho demostrado de que los mecanismos deliberativos (los reales, no los que se idean en las obras de los teóricos) tienen dificultades importantes para preservar, en sus discusiones, dos condiciones que, sin embargo, son básicas para lograr cualquier mínimo de justicia en una política pública o en una norma jurídica dada: la consistencia y la universalizabilidad de los criterios de justicia empleados. Así, en ausencia de condiciones correctoras, es probable que cualquier procedimiento deliberativo acabe por producir decisiones injustas, cuando menos por resultar contradictorias o por no ser imparciales.

De este modo, la cuestión que se plantea es la de qué medidas de diseño institucional pueden ponerse en práctica para reducir tales riesgos y, más en general, para favorecer que las decisiones en materia político-criminal que se adopten en nombre del pueblo (de un pueblo que no desee renunciar a ser justo en sus decisiones y políticas) sean justas, lo más justas posibles.

Aunque sin duda habrá más, algunas pueden ser enumeradas ya aquí:

— Promover la transparencia de los contenidos de los programas electorales, así como mecanismos de exigencia de rendición de cuentas acerca de su grado de cumplimiento (o incumplimiento).

— Promover la creación de grupos de presión en favor de la reforma penal que anuden amplias alianzas a lo largo de todo el espectro social y político.

— Introducir mecanismos de control de la actuación de los grupos de presión.

— Promover y empoderar (dándoles voz) a los movimientos de personas afectadas por las políticas criminales punitivistas: de penados, de minorías étnicas, de inmigrantes, de barrios marginados, etc.

— Promover la educación popular sobre cuestiones criminales.

— Promover la transparencia del procedimiento legislativo.

— Promover procedimientos participativos y deliberativos con participación popular.

— Promover la regulación y el pluralismo (derecho de acceso, códigos de autorregulación, limitaciones en la propiedad, ética profesional, derechos de los periodistas, etc.) de los medios de comunicación.

En todos estos instrumentos institucionales (para promover una deliberación crítica y participativa acerca de la reacción represiva justa), el papel de los expertos debería ser tan sólo el de meros participantes (cualificados, a lo sumo, en razón de su autoridad teórica –que en absoluto equivale a autoridad práctica).

En definitiva, mi propuesta de diseño institucional se basa en una hipótesis. Hipótesis que, como cualquier explicación sobre las causas de hechos (sociales), está aún pendiente de validación empírica. Y que, de ser cierta (de ser una parte relevante de la explicación del fenómeno del "populismo punitivo"), poseería implicaciones importantes también en el plano normativo: en la orientación de los movimientos que se oponen a dicha perniciosa tendencia. Mi hipótesis se apoya en la evidencia criminológica que establece que: a) no es cierto que la mayoría de la ciudadanía sea particularmente punitivista; b) las decisiones políticas y reformas legislativas que dan lugar a una expansión irracional del Derecho Penal obedecen inicialmente a procesos propios del sistema político (incluyendo los medios de comunicación) que a auténticas demandas sociales. Mi hipótesis reza, entonces, que el "populismo punitivo" ha de ser visto como la manifestación, en el ámbito de la política criminal, de la baja calidad de la democracia. Como una estrategia (más exactamente: como una confluencia de estrategias de diferentes actores –grupos de presión, líderes políticos, medios de comunicación,…) a través de la cual se desvían las ansiedades existentes acerca de problemas reales graves e irresolubles, hacia problemas (inexistentes, o reales, pero menores) más simples (y, además, simplificados, al atribuir la responsabilidad por los mismos a ciertos sujetos –*"folk devils"*- y su solución a la incriminación). Una confluencia de estrategias que es casual, pero que se ve favorecida por las constricciones estructurales del sistema político: por las limitaciones a la participación democrática efectiva que hacen que un régimen representativo sea más elitista que participativo, por el hecho de que muchas voces y muchos intereses no tienen la oportunidad de acceder efectivamente, y en igualdad de condiciones, a la esfera pública, por lo que sólo algunas –justamente, las de los promotores del punitivismo- se oirán con (mayor) claridad.

Y predigo, entonces, que cuanto más baja sea dicha calidad (menos próximos estemos a una "democracia real": una en la que la ciudadanía tiene oportunidades efectivas, frecuentes e igualitarias de participación en la adopción de decisiones políticas, y en la que sus representantes efectivamente adoptan actitud de tales, intentando representar lo más fielmente posible las ideas y creencias de quienes se supone que representan -limitándose, pues, en ambos aspectos, la incidencia de los poderes sociales no elegidos), mayor es la probabilidad de derivas punitivistas en la praxis político-criminal de los estados contemporáneos.

Como advertía, se trata tan sólo de una hipótesis, necesitada de verificación empírica, en cuanto a sus predicciones, y de descripción detallada, en cuanto a las cadenas causales que han de sustentar la conexión entre políticas criminales "populistas" y grado de calidad democrática de un determinado sistema político. Sobre esto último, existe, como señalaba más arriba, cierta evidencia empírica en la investigación criminológica contemporánea. Pero, si es cierta, entonces, cabe esperar, justamente, lo que contemplamos: que España, por ejemplo, con una democracia manifiestamente mejorable, sea adalid del "populismo punitivo" (que consigue aunar a las derechas y buena parte de las izquierdas).

Y, si es cierto, entonces la lucha en contra del "populismo punitivo" debería añadir, a los argumentos más usuales, atinentes a la inmoralidad e ineficacia de dichas soluciones, argumentos de índole puramente política. Poniendo en cuestión el modo (poco participativo) en que tienen lugar los procesos de toma de decisiones en materia político-criminal, por más que se pretendan recubrir el manto del "apoyo popular" .

XI. CUESTIONES DE RACIONALIDAD INSTRUMENTAL

Como decía más arriba, mientras que creo evidente que las cuestiones de justicia inherentes al diseño y evaluación de las políticas criminales deben ser decididas autónomamente por la ciudadanía (aunque, como he señalado, no de cualquier modo: ni por cualquier procedimiento, ni con cualquier clase de razones justificantes), me parece que la situación es muy otra cuando se trata de los problemas relativos a la racionalidad instrumental de dichas políticas: problemas como los de la determinación de qué bienes jurídicos merecen protección mediante el Derecho Penal; la determinación de qué conductas son dañosas para los bienes jurídicos protegidos; la redacción de los concretos elementos típicos del supuesto de hecho de la norma prohibitiva; la factibilidad y coherencia de los objetivos de protección perseguidos; la factibilidad de

los objetivos preventivos; la eficacia y la eficiencia de las prohibiciones; la eficacia y la eficiencia de los criterios de imputación; la eficacia y la eficiencia de las sanciones; y su régimen de ejecución. Sobre todos estos asuntos, existen saberes expertos, que parece inaceptable que sean ignorados cuando de diseñar políticas se trata, si partimos del presupuesto –como me parece razonable partir- de que el tipo de democracia que queremos es una democracia ilustrada, esto es, una en la que las decisiones (particularmente, aquellas que afectan más intensamente a los derechos y al bienestar de las personas, como es la de que el Estado emplee su capacidad coactiva para impedir o desincentivar ciertas formas de conducta y/o de vida) no sean pura expresión de voluntad, sino que atiendan también a razones.

Más aún, quiero destacar que justamente quienes estamos más descontentos con la calidad democrática de los regímenes políticos que soportamos deberíamos ser los primeros interesados en que tal género de racionalidad instrumental se imponga (siempre que no se llegue al extremo de implantar un modelo tecnocrático). Pues deberíamos ser conscientes de que allí donde no llega la autoridad del experto no es que ésta vaya a ser sustituida por una decisión democrática razonable, sino que lo más probable es que lo sea por influencias de grupos de presión con finalidades poco confesables, y/o por manipulaciones electoralistas de líderes y partidos políticos.

Si aceptamos este punto de partida (y no veo cómo podría ponerse en cuestión), entonces las cuestiones que hay que resolver son, según creo, dos. En primer lugar, es preciso acotar cuidadosamente el ámbito de intervención autoritaria de los expertos, con el fin de evitar la tentación tecnocrática, más arriba señalada. Justamente, acabo de realizar una propuesta de acotamiento en ese sentido: en mi opinión, únicamente sobre los temas más arriba mencionados debería otorgarse autoridad a los expertos. (Sobre todos los demás, como he apuntado más arriba, el experto podría actuar, a lo sumo, como asesor, carente de autoridad… cuando no como un ciudadano más.)

En segundo lugar, hay que hallar las vías, en el diseño institucional de los procedimientos de toma de decisiones en materia político-criminal, para que el conocimiento experto pueda ser hecho valer.

Existe ya un importante cuerpo de investigaciones acerca de cómo tienen lugar en la práctica los procesos de toma de decisiones que dan lugar a las políticas públicas (incluyendo entre ellas los procesos de redacción y aprobación de normas jurídicas, pero no sólo), así como sobre los modos de mejorar la racionalidad –la calidad, en suma- de

tales procedimientos. A este respecto, no creo que tenga yo nada particularmente relevante que añadir, excepto reclamar también que tales medidas de mejora se pongan en práctica, y se vuelvan obligatorias. Medidas como la evaluación de costes de las acciones que se proponen, la evaluación de su eficacia, de su rentabilidad, examen empírico de los daños efectivamente producidos por las conductas antisociales, análisis cuidadoso de las estadísticas criminales y de las encuestas de victimización, etc., parecen todas ellas imprescindibles. Y cualquier movimiento en contra del punitivismo debería hacer de las mismas una de sus banderas de batalla.

* * * * * *

Prof. Dra. Isabel Durán Seco

Prof. Titular acred. de Derecho Penal, Univ. de León. Patrona de la FICP.

~Consideraciones de Derecho penal material y procesal al hilo de la sentencia del caso «Isabel Carrasco»[1]~

I. HECHOS PROBADOS (SEGÚN LA SAP)

II. LA SENTENCIA

1. Antecedentes procesales

2. Hechos Probados

3. Fundamento de Derecho:

[1] Resumen-esquema de la ponencia mantenida por la Prof. Dra. Durán Seco durante el XIX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal.

a) Consideraciones previas

- Carácter mixto del Jurado y funciones del jurado y Magistrado-Presidente
- Solidaridad entre el Jurado y el Magistrado-Presidente
- Vinculación del Magistrado-Presidente al Veredicto del Jurado
- Significado de la Vinculación del Magistrado-Presidente al veredicto de culpabilidad

b) Motivación de la prueba

- Motivación de la prueba ante el TJ
- Control de la motivación de la prueba exigido por el principio de presunción de inocencia
- Existencia, validez y carácter inculpatorio de la prueba examinada en el caso concreto

c) Calificación de los hechos declarados probados

- Asesinato. Autoría y participación. Distinción. Conducta de Doña Graciela.
- Atentado
- Encubrimiento
- Tenencia ilícita de armas

d) Circunstancias Modificativas Responsabilidad Criminal

- Reparación parcial del daño
- Eximente incompleta anomalía psíquica

e) Penalidad

f) Responsabilidad Civil

g) Costas procesales

h) Deducción testimonios

i) Suspensión condicional de las penas y el indulto

j) Libertad provisional

4. Fallo

III. LA PROMESA PREVIA DE AUXILIO POSTERIOR POSTERIOR. ¿CÓMO CALIFICARLA?

Auxilio posterior que responde al cumplimiento de una promesa previa

1. Es una forma de participación. Minoritaria y clásica. Concierto previo
2. Es siempre una conducta de encubrimiento
3. Será participación si tuvo alguna influencia psíquica, si refuerza la decisión del autor. En otro caso será encubrimiento

IV. EL VEREDICTO. VINCULACIÓN DEL MAGISTRADO-PRESIDENTE

1. ¿Qué es el objeto del veredicto? Art. 52 LOTJ
   - Narración hechos alegados por las partes
   - Hechos que puedan determinar la estimación de una causa de exención de la responsabilidad
   - Narración hechos que puedan determinar el grado de ejecución, participación y modificación responsabilidad. Dificultad de separarlos de los del tipo penal.
   - Hecho delictivo por el que el acusado ha de ser declarado o no culpable
2. ¿Qué significado tiene el pronunciamiento sobre la responsabilidad? El nomen iuris. Hecho justiciable/hecho delictivo. Se sustituyó delito por hecho delictivo en el debate parlamentario
   - El pronunciamiento sobre la culpabilidad constituye un reproche global que ha de ser coherente con los pronunciamientos sobre los hechos. Debe proponerse con una redacción fáctica. No se deben incluir conceptos jurídicos.
   - STS 26-07-2000 (a la que siguen otras muchas): «El objeto del veredicto no debe contener calificaciones jurídicas y el Jurado no debe pronunciarse sobre esos extremos. Si lo hiciera, por una defectuosa redacción del objeto del veredicto no puede afirmarse que el Magistrado-Presidente quede vinculado al realizar la calificación al indebido pronunciamiento del Jurado»
3. Caso concreto: afirmaciones del veredicto

- Doña Graciela es culpable del asesinato de Doña Matilde. El MP la elimina. Argumento: es una calificación jurídica
- Doña Graciela contribuyó a la muerte de Doña Matilde, pero lo hizo con una aportación no esencial o decisiva, es decir de forma prescindible e innecesaria para la ejecución de dicha muerte. El MP lo deja en los hechos probados, pero los califica como encubrimiento

4. La devolución del objeto del veredicto. ¿Cuándo es necesario?
   - Cuando se contengan decisiones inconciliable entre sí o que se destruyan unas a las otras:
     - Contradicción en los hechos probados
     - Contradicción entre los hechos probados y la declaración de culpabilidad
   - Caso concreto

V. CONCLUSIONES

- Sin duda la sentencia puede ser objeto de discusión.
- El fallo al que llega el Magistrado-Presidente es defendible.
- La solución es la que mejor se adapta a una solución de justicia material.
- No deben incluirse calificaciones jurídicas en el objeto del veredicto.
- La promesa de auxilio posterior si no se prueba que haya reforzado la idea de delinquir del autor es un delito de encubrimiento (si se realiza la actividad en cuestión). En el caso concreto no hay dato fáctico alguno que indique que se influyó en la decisión de matar.

* * * * * *

Prof. Beatriz E. Suárez López[1]

Máster en Derecho con especialidad en Derecho penal en la modalidad investigadora. Profesora de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano (Colombia). Socia FICP.

~El delito de contaminación ambiental, a propósito de la minería ilegal en Colombia~

INTRODUCCIÓN

La presente ponencia tiene como objetivo plantear la problemática existente en Colombia en torno al delito de contaminación ambiental, especialmente en lo referente al delito de contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo, tipificado en el artículo 333 del CP colombiano.

Los delitos ambientales en Colombia tienen una existencia que data desde 1980 cuando por primera vez se establecieron conductas que pretendían proteger el medio ambiente, pero desde una visión socioeconómica, lo cual obedecía a la ubicación del delito en el capítulo dedicado a la protección del orden económico y social. En 1999 tras una reforma al CP, se logra darle cierta autonomía al bien jurídico y se establecen nuevas figuras delictivas. En relación con el delito de contaminación ambiental, éste ha sido contemplado como delito desde 1980, de hecho, es el delito ambiental por excelencia en Colombia, y tiene diversas manifestaciones: contaminación ambiental genérico (art. 332), contaminación ambiental por residuos peligrosos (art. 332ª) y, el delito de interés para esta ponencia: contaminación ambiental por explotación de yacimientos mineros e hidrocarburos (art. 333).

En Colombia la problemática ambiental que genera la explotación minera es muy compleja, tanto que se han emitido una serie de normas administrativas con el fin de generar un mayor control de quienes ejercen dicha actividad, para lo cual deben obtener una serie de permisos y de licencias que le permitan operar, esta actividad esta mayormente regulada por el Código de Minas.

Además, el legislador, en materia de derecho penal, pretendió darle mayor protección al ambiente cuando se ejercían este tipo de actividades mineras, por lo cual, no solamente contempló el delito de contaminación ambiental por explotación de

[1] Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Ciencias penales y criminológicas de la misma universidad. Máster en Derecho con especialidad en Derecho penal en la modalidad investigadora. Profesora de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano.

yacimiento mineros o hidrocarburos, sino también el delito contenido en el artículo 338 CP, que establece la explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales, que sanciona, no la contaminación en sí misma, sino que castiga con cárcel la llamada minería ilegal, esta clase de minería es aquella que se hace sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente, es decir, que puede ser tanto aquella que se realiza sin contar con las licencias de funcionamiento o bien contando con una, se extralimita en el funcionamiento, el delito se comete cuando se ejerce la actividad minera con capacidad de causar graves daños a los recursos naturales (cfr. Delito de daño en los recursos naturales) o bien al medio ambiente en general (cfr. Delito de contaminación ambiental).

Resulta pertinente hacer una aclaración en relación con las diferentes clases de minería existentes en Colombia; una es la minería legal, que es aquella que cuenta con los permisos para su ejercicio, los cuales recaen principalmente en la obtención de un título minero, mediante el cual se le otorga el derecho a explorar y explotar el suelo y el subsuelo[2], y una licencia ambiental, la cual es otorgada por el Ministerio del Medio Ambiente.

Por su parte la minería informal, es la ejercida por pequeños mineros, de manera artesanal, normalmente se trata de personas que realizan la actividad minera de antaño, rústicamente, y no con fines de explotación masiva, sino para la subsistencia. Esta clase de minería es especialmente problemática, pues si bien su ejercicio genera impactos negativos estos siempre será a menor escala que los generados por las grandes empresas dedicadas a la explotación minera, pero en todo caso, al ser ejercida de manera tan rustica, no se tiene en cuenta la preservación del ambiente, lo que al final va acumulando daños graves a los recursos naturales. Es por ello que el propósito del Estado es formalizar la actividad minera, para ejercer mayor seguimiento y control de aquellos que la ejercen, por lo que en diversas ocasiones se ha invitado a estos pequeños mineros a formalizar su situación, sin embargo, esto genera muchos costos, por lo cual estas personas no tienen interés en formalizarse, y al final terminan realizando una actividad de minería ilegal.

[2] De acuerdo con la Ley 685 de 2011 (Código de Minas) el título minero se puede clasificar en licencias de exploración y explotación; aportes mineros; y, contratos mineros.

De otro lado la minería criminal, hace referencia a la actividad minera ejercida por grupos organizados al margen de la ley. Es sobre estos grupos que se pretende centrar las labores de investigación y judicialización por delitos ambientales.

Bajo ese entendido, es preciso entrar a estudiar el delito contenido en el art. 333 del CP colombiano, el cual, tiene serias deficiencias que hace que sea difícil su aplicación real, por ello, se intentará analizar los elementos del delito, centrándonos en las conductas que trae el ilícito penal.

> Art. 333 CP Col. El que provoque, contamine, realice directa o indirectamente en los recursos de agua, suelo, subsuelo o atmósfera, con ocasión a la extracción o excavación, exploración, construcción y montaje, explotación, beneficio, transformación, transporte de actividad minera o hidrocarburos.

I. CARACTERÍSTICAS DEL DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL POR EXPLOTACIÓN DE YACIMIENTO MINERO O HIDROCARBURO

1. Evolución de la conducta

Este delito ha sufrido grandes cambios en cuanto a su tipificación en el CP. Si bien es cierto que cuando se establecieron los delitos contra los Recursos Naturales y el Medio ambiente en el CP de 2000, se incluyó por primera vez esta conducta delictiva, también lo es que lo estaba de una manera muy diferente a como está redactado hoy en día. Principalmente, este delito fue concebido para generar una responsabilidad a título de culpa, pues el delito expresamente se llamaba: "Contaminación ambiental por explotación culposa de yacimiento minero"[3] y la redacción era muy diferente, en primer lugar, porque sólo admitía la modalidad culposa y además, tenía otros verbos rectores.

En el año 2011 el delito fue modificado, esta reforma se dio en través del Estatuto de Seguridad, una reforma impulsada por el gobierno de la época, con el fin de crear nuevos tipos penales, pretendiendo atacar las actividades de bandas delincuenciales, pero también que tenía como fin el aumento de las penas. Sin embargo, los delitos ambientales fueron reformados por medio de esta ley, sin haber estado contemplados desde el inicio en la propuesta y mucho menos en la ponencia inicial, de hecho, fueron incluidos con base en un acuerdo previo que hizo el gobierno con los congresistas,

[3] ARTÍCULO 333 CP 2000. CONTAMINACIÓN AMBIENTAL CULPOSA POR EXPLOTACIÓN DE YACIMIENTO MINERO O HIDROCARBURO. El que por culpa al explorar, explotar o extraer yacimiento minero o de hidrocarburos, contamine aguas, suelo, subsuelo o atmosfera, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, y multa de cien (100) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

porque no hubo discusión alguna sobre su inclusión o al menos que lo justificara[4]. Ello impide conocer el espíritu del legislador en relación con la necesidad de reforma.

Aparentemente, lo que se pretendía era darle mayor protagonismo al medio ambiente como bien jurídico protegido, y por ello se "fortalecen y se crean" los delitos hoy vigentes. En concreto, el delito de contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero e hidrocarburos pasó de ser un delito culposo eminentemente a admitir las dos posibilidades de comisión, pues el delito hoy es doloso, pero en virtud del artículo 339 se puede aplicar cuando se haya cometido con violación al deber objetivo de cuidado.

2. Bien jurídico protegido

Con los cambios introducidos por el nuevo CP colombiano en el año 2000 se despejan las dudas relacionadas con la independencia del bien jurídico protegido, pues se establece como un bien jurídico autónomo[5], por lo que ya no se requiere para demostrar la lesividad, probar la afectación al bien socio económico.

El contenido del bien jurídico penal ambiental se mueve entre tesis antropocéntricas y ecocéntricas, dependiendo del delito al cual se haga referencia en específico, es por ello que se podría afirmar que existen delitos con tendencia ecocéntrica y en otros, antropocéntrica, es decir, la tesis aplicada es mixta, con una tendencia marcada hacía el eco centrismo, denominada eco-antropocentrismo[6].

No puede afirmarse que las tesis antropocéntricas no tengan validez en el ámbito de la protección penal del ambiente, si bien, en materia de derecho ambiental, se ha planteado una evolución sobre el concepto de medio ambiente y su aproximación, partiendo del antropocentrismo, y concluyendo que el eco centrismo es la tesis mayormente aceptada al reconocerle derechos a la naturaleza, y por tanto considerarla merecedora de tutela; en materia penal, esta evolución no puede ser traslada sin más consideraciones, pues allí el tratamiento es diferente, pues lo que interesa en últimas, es la necesidad de protección del bien jurídico, de tal forma que se protegen interés necesarios para la sociedad, por ello, el medio ambiente, como bien jurídico tutelable

[4] Cfr. ROJAS ESCOBAR, Análisis político criminal y dogmático, 2014, pp. 18 y ss.

[5] El CP de 1980 establecía los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente bajo el título de los delitos contra el orden socioeconómico.

[6] RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid, El delito ecológico, Bogotá D.C., Ediciones Doctrina y Ley, 2007, pp. 303

por el derecho penal, debe siempre ser importante para el ser humano, pues ello es lo que viene a requerir la protección por parte de esta rama del derecho.

En Colombia se pretende proteger el ambiente por dos grandes razones: 1. La importancia que el ambiente tiene para el ser humano; 2. Por la importancia que los recursos naturales tienen para el Estado colombiano en general. Por ello se encuentran delitos que sancionan la mera invasión a las áreas de reserva ecológica al considerar que esto puede generar un riesgo de daño a los recursos naturales que allí se encuentran y que son de especial interés para el Estado; o el delito de violación de fronteras para la explotación o aprovechamiento de los recursos naturales, en donde se quiso evitar que extranjeros aprovechando la biodiversidad colombiana, ingresara al territorio y de manera ilícita extrajeran los recursos, y por supuesto, el delito objeto de estudio, que protege las afectaciones al ambiente producto de actividades mineras, las cuales, son consideradas graves e irreversibles[7].

II. PROBLEMÁTICAS EN TORNO AL DELITO

1. Los verbos rectores y la posibilidad de comisión real del delito

El delito de contaminación ambiental por explotación de yacimientos mineros e hidrocarburos tiene principalmente tres verbos rectores: Provocar, contaminar y realizar.

Provocar, de acuerdo con el DRAE significa producir o causar algo; por su parte realizar es efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción; mientras que contaminar hace referencia a alterar nocivamente la pureza o las condiciones normales de una cosa o un medio por agentes químicos o físicos.

La problemática se centra no en la existencia de estos verbos rectores, sino que de la redacción del delito no es claro cuando pueden realizarse los mismos, a excepción del de contaminar. Así las cosas, no se genera una claridad, por ejemplo, a la provocación de la extracción de un recurso y ello llega al campo ilícito-penal y cuando es atípico, pues el delito, al menos en lo relativo con los verbos rectores de provocar y realizar, parecieran que castigan cualquier actividad minera, lo cual bajo ningún entendido puede ser aceptado, sobre todo porque debe partirse de la consideración de que toda actividad minera genera un efecto negativo en los recursos que son considerados objetos materiales del delitos, esto es al agua, el suelo, subsuelo e atmosfera; de tal manera que

[7] Cfr. CARRERE, Ricardo, Minería, Impactos sociales y ambientales, Montevideo, WRM, 2004, pp. 21 ss.

si se hace una interpretación conjunta va a generar como resultado que toda actividad que provoque algún efecto sobre dichos recursos será delictiva sin más, llevando esto al campo de la responsabilidad cuasi objetiva, pues si bien se deberá determinar el dolo en la actuación del sujeto agente, es obvio que tiene tendrá voluntad para provocar esos efectos, que son propios de la actividad minera, tal vez no con un dolo directo, pero en todo caso, si será eventual. Y si además se tiene en cuenta que de acuerdo con el artículo 339 CP se permite la aplicación de este delito en la modalidad culposa, es aún más critica la existencia del delito, de tal manera que todo aquel que emprenda la actividad minera va a generar cierto grado de impacto negativo en los recursos.

Esto está relacionado con la siguiente crítica.

2. ¿Y las normas penales en blanco?

Uno de las principales características de los delitos ambientales es que son normas penales en blanco, pues todos hacen una remisión a "la normatividad existente", referenciándolos a las normas administrativas que regulan las diversas actividades que tienen incidencia con el medio ambiente.

Sin embargo, la problemática en este punto surge cuando llegamos al delito de contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero e hidrocarburos, en donde lo que se ve es que se omite esta remisión, por tanto, pareciera que si no hay remisión a la norma administrativa que establece el grado de permisión, toda actividad de explotación minera genera el delito en mención.

De acuerdo con el señalamiento por parte de la Unidad de Delitos contra el Medio ambiente de la Fiscalía General de la Nación[8] haciendo una interpretación sistemática del código, debe remitirse también estos delitos a la normatividad reguladora en la materia, es decir, al Código Minas, el cual establece para ejercer la actividad minera debe tomar ciertas precauciones y cuando ello no se hace, surge este delito. Es decir, se aplica, al igual que con los otros delitos de contaminación ambiental, un criterio de niveles de contaminación permitidos, de tal manera que si este se sobre pasa estaremos se estará en presencia del acto delictivo.

3. ¿Delito de peligro abstracto o de lesión?

En Colombia existen una gran cantidad de riquezas ecológicas. El cuidado de los

[8] Entrevista realizada el 23 de mayo del año en curso a la Directora de la Unidad.

recursos naturales es una responsabilidad primaria del Estado, además, de la preservación de todo lo relacionado con el ambiente. Igualmente, geográficamente existe una gran variedad de minas y de actividades de explotación. Esta actividad debería realizarla directamente el Estado, pero como se requieren de diversos recursos para ello, se generan una serie de concesiones de explotación mineras, estas concesiones implican el otorgamiento de permisos para poder obtenerla, con el propósito que no se vea afectado de manera grave el ambiente.

El ejercicio de la actividad minera, sea legal, informal o criminal, genera contaminación al agua, suelo, subsuelo o atmósfera, sin embargo, el propósito de las autorizaciones es controlar el ejercicio de esta actividad, la cual es claramente peligrosa, y con ello mitigar los daños al ambiente, estableciendo entonces, sanciones penales, a que haya lugar, protegiendo de esta manera el bien jurídico protegido.

La doctrina coincide en la ambigüedad de la redacción del delito[9], por lo que considera que en efecto el único verbo rector que podría tener alguna cabida, bajo una interpretación sistemática es el de contaminar. Quedando entonces el verbo rector aplicable el de contaminar, los problemas se agudizan, pues la Unidad de Fiscalías, considera que acá es preciso aplicar las mismas consideraciones que ha hecho la Corte Suprema de Justicia en cuanto a la contaminación ambiental, es decir, que se toma este delito como de lesión, más no como de peligro.

Una de las principales discusiones que se presentan en Colombia es en relación con la interpretación de la Corte Suprema de Justicia del delito de contaminación ambiental, pues de acuerdo con la jurisprudencia este es un delito de resultado, contrario a lo que establece la doctrina mayoritaria[10] y contario también a lo que establece la jurisprudencia y doctrina extranjeras, como, por ejemplo, la española.

La Corte Suprema de justicia en sentencia del 19 de febrero de 2007 sentó una postura en torno al establecimiento del delito de contaminación ambiental. Los hechos del caso son los siguientes: El señor Salamanca arrendó un predio rural al señor

[9] Cfr. BARRERO CÁCERES, José Daniel, La contaminación ambiental como delito de peligro, en Estudios de Derecho y de gobierno, 2008-1.

[10] Cfr. GALEANO REY, Juan/MONTAÑEZ RUÍZ, Julio, Delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales, en Castro Cuenta, C. (Coord.)/VV.AA., Manual de Derecho Penal, PE, t. II, Bogotá D.C., Temis, 2011, pp. 475 ss.; RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid, El delito ecológico, Bogotá D.C., Ediciones Doctrina y Ley, 2007; BARRERO CÁCERES, José Daniel, La contaminación ambiental como delito de peligro, en Estudios de Derecho y de gobierno, 2008-1; BERNATE OCHOA, Francisco, El delito ambiental, en Londoño, Beatriz/Rodríguez, Gloria/Herrera, Giovanni (Eds.), Perspectivas del derecho ambiental en Colombia, Bogotá D.C., Universidad del Rosario, 2006, pp. 337 ss.

Umbarila, cuando el arrendador pretendió recuperar el bien, encontró que dentro del mismo había envases y recipientes de insumos químicos esparcidos sobre todo el terreno y que abarcaba los pozos de agua, además se afirmó en la denuncia que esto había causado la muerte de un semoviente por la ingesta de los residuos tóxicos. El debate giró en torno a varios aspectos, uno de ellos, el relacionado con la muerte del referido animal, ya que no se pudo determinar que hubiera sido causada con absoluta seguridad por los compuestos químicos del terreno.

Esta sentencia fue objeto de demanda de casación, pues el Tribunal en segunda instancia absolvió al procesado, al considerar que no se daban todos los elementos necesarios para configurar el delito. La Fiscalía y el Ministerio Público señalan que hubo una indebida interpretación del delito, pues, uno de los principales argumentos para fundamentar la absolución era que no había claridad en relación con la causa de la muerte del semoviente, lo cual no permitía afirmar que en efecto se había dado la consumación de la conducta; al respecto, tanto la demandante como el Ministerio Público consideran que exigir la muerte era un aspecto indiferente para el proceso de adecuación de la conducta típica, pues cuando se exige que la contaminación cause muerte, en últimas lo que está haciendo es exigiendo un requisito que no hace parte del tipo objetivo.

El fundamento de este argumento es que de acuerdo con el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables se "permite concluir que la contaminación se presenta sin la necesidad de que la interferencia al bienestar y la salud de las personas, las plantas y los animales, impliquen su total destrucción o aniquilamiento".

En ese sentido para el demandante así como para el Ministerio Público el delito existió en el mismo momento en el que fueron hallados los desechos tóxicos y químicos sin que fuera necesario advertir algún resultado adicional.

La Corte en sus consideraciones señala que el delito requiere que exista contaminación ambiental, elemento que no fue acreditado en el proceso, advirtiendo:

> "Contaminar, según el diccionario de la lengua española, significa, en su primera acepción, "alterar la pureza de alguna cosa, como alimentos, el agua, o el aire", entendimiento en el que ha de entenderse, no solo por corresponder a su sentido natural, sino porque en el mismo alcance es utilizado por el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables, estatuto en el que se define la contaminación ambiental como "la alteración del ambiente con sustancias o formas de energía puestas en él, por actividad humana o de la naturaleza, en las cantidades, concentraciones o niveles

> capaces de interferir el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la fauna y la flora, degradas la calidad del ambiente de los recursos de la nación o de los particulares"[11]

De lo anterior, la Corte considera que se trata en verdad de un delito de resultado en el entendido de que exige una transformación del mundo exterior (alteración del medio ambiente), y no un delito de mera conducta. Así, atendiendo al bien jurídico este es entonces de lesión, pues exige la afectación del interés jurídico protegido, esto es los recursos naturales y el medio ambiente; y en relación efectos secundarios considera que la contaminación debe poner en peligro la salud humana, los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos.

La Corte además establece los requisitos que deben cumplirse:

1. Que se presente alteración al medio ambiente.
2. Que la contaminación generada por la conducta del sujeto agente desconozca los límites legalmente permitidos o racionalmente tolerados.
3. Que la contaminación causada tenga aptitud para causar daño oponer en peligro la salud humana o los recursos fáunicos, forestales, florísticos e hidrobiológicos.

De acuerdo con esta interpretación el delito de contaminación ambiental por explotación de yacimientos mineros e hidrocarburos es un delito de resultado, lo cual parece que no se justifica en relación con la protección que se le pretende dar al bien jurídico tutelado.

Así las cosas, ¿cuál es la necesidad de esta norma?

III. CRITICAS ¿NECESIDAD DE LA CONDUCTA? (A MODO DE CONCLUSIÓN)

1. Entender el delito de contaminación ambiental por explotación de yacimiento minero e hidrocarburos como un delito de resultado puede resultar ser un tanto contrario a la aparente necesidad de la norma. Es decir, es claro que toda actividad minera genera efectos devastadores contra el medio ambiente, calificándolos incluso de graves e irreversibles, entonces, no es claro es por qué no se sancione la mera puesta en peligro del bien jurídico, sino que deba esperarse a la real afectación del mismo.

[11] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Rad. 23286, 19-2-2007, M.P. Mauro Solarte Portilla.

Político-criminalmente es más conveniente entender este delito con un típico delito de peligro, y no como uno de lesión, por la misma necesidad de protección del bien jurídico, adelantando las barreras punitivas con el fin de sancionar la actividad minera capaz de generar contaminación ambiental, sin exigir resultado alguno.

2. Una de las críticas más fuertes a este delito van dirigidas a la inevitable contaminación que se causa al poner en marcha la actividad minera, es decir, pensar que con la explotación de los yacimiento mineros o los hidrocarburos no se va a producir un cierto margen de contaminación o de acción sobre el agua, el suelo, el subsuelo o la atmosfera es ingenuo. Por ello, el delito tal como está castiga el mero ejercicio de la actividad minera, sin concretar la verdadera lesividad. Podría pensarse que, en sede de antijuridicidad, específicamente la formal, sólo aquellas actividades que no se encuentren permitidas entraran en el campo penal, sin embargo, esta interpretación sistemática no es del todo clara.

3. Si lo que pretendía el legislador era brindar una protección más específica a los recursos naturales cuando se realizaba la actividad de explotación minera, la redacción de la norma es del todo desafortunada, pues establece tres verbos rectores alternativos (provocar, contaminar o realizar), que se refieren a diversos objetos materiales (agua, suelo, subsuelo o atmósfera), que se cometen con ocasión a la extracción o excavación, exploración, construcción explotación, beneficio, transformación, transporte de la actividad minera o de hidrocarburos.

   Es decir, se comete el delito, cuando en el ejercicio de la explotación de yacimiento minero, se contamina el suelo, subsuelo, agua o atmósfera. Pero también cuando se realiza o se provoca pero no se refiere a ¿qué?, En otras palabras, el único verbo rector aplicable es el de contaminar, que es el mismo que está en el artículo 332 que establece la contaminación ambiental. Si se quería ser más explícito en relación con la actividad minera, y crear una mayor protección o limites a esta actividad, se debió establecer una circunstancia de agravación, por ejemplo, cuando la contaminación se realiza por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo, pero dejando los mismos elementos del delito. Este delito por la confusión en su redacción no ha sido aplicado aún.

BIBLIOGRAFÍA

BARRERO CÁCERES, José Daniel, La contaminación ambiental como delito de resultado, en EDG, diciembre, 2008-1, pp. 79-96.

BERNATE OCHOA, Francisco, El delito ambiental, en Londoño, Beatriz/Rodríguez, Gloria/Herrera, Giovanni (Eds.), Perspectivas del derecho ambiental en Colombia, Bogotá D.C., Universidad del Rosario, 2006, pp. 322-361.

CARRERE, Ricardo, Minería, Impactos sociales y ambientales, Montevideo, WRM, 2004.

CASTRO CUENCA, Carlos (Coord.), V.V.A.A., Manual de Derecho Penal, PE, t. II, Bogotá D.C., Temis, 2011.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Rad. 23286, 19-2-2007, M.P. Mauro Solarte Portilla.

GALEANO REY, Juan/MONTAÑEZ RUÍZ, Julio, Delitos contra el medio ambiente y los recursos naturales, en Castro Cuenta, C. (Coord.)/V.V.A.A., Manual de Derecho Penal, PE, t. II, Bogotá D.C., Temis, 2011, pp. 475-507.

LONDOÑO, Beatriz/RODRÍGUEZ, Gloria/HERRERA, Giovanni (Eds.), Perspectivas del derecho ambiental en Colombia, Bogotá D.C., Universidad del Rosario, 2006

RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid, El delito ecológico, Bogotá D.C., Ediciones Doctrina y Ley, 2007.

ROJAS ESCOBAR, Laura, Análisis político criminal y dogmático del delito de daño en los recursos naturales en Colombia (Art. 331 CP), en https://repository.eafit.edu.co/xmlui/bitstream/handle/10784/2969/Laura_RojasEscobar_2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Consultado: 24/02/2016).

* * * * * *

Natalia Torres Cadavid

Investigadora de Derecho Penal. Univ. de León (España)/Universidad EAFIT (Colombia).
Socia FICP.

~Responsabilidad penal del asesor fiscal*~

Quisiera comenzar agradeciendo al Prof. Dr. Dr. h. c. mult. DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA por darme la oportunidad de participar por primera vez en este Seminario, es un honor poder intervenir para presentar algunos de los avances de mi tesis doctoral que trata el problema de la responsabilidad penal del asesor fiscal. También agradezco al director de mi tesis, Prof. Dr. MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, por sus análisis y correcciones de este trabajo, así como por su apoyo permanente. Por último agradezco a los organizadores de este Seminario por permitirnos volver a la Universidad de Alcalá para debatir temas de actualidad de Derecho penal.

En la presente ponencia voy a referirme en primer lugar, brevemente, a la relevancia y pertinencia del problema de investigación y a la estructura de la tesis. Para después, hacer una presentación de la discusión sobre el bien jurídico protegido en el delito de defraudación tributaria y tomar postura en el debate, con base en una propuesta interpretativa de algunos elementos del tipo objetivo del art. 305 CP, en particular del objeto material y del resultado típico.

El análisis de la responsabilidad penal del asesor fiscal se enmarca en el problema general de la división de la responsabilidad entre varios intervinientes, en este caso entre el contribuyente y el profesional en materia tributaria, relacionados entre sí por una actividad de asesoramiento, que puede terminar con la comisión del delito de defraudación tributaria en los términos del art. 305 CP.

---

* Ponencia presentada en el XIX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal "Derecho penal general y Derecho penal de la empresa", celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá los días 2 y 3 de junio de 2016. La presente ponencia pretende presentar de manera sucinta algunos de los avances de mi tesis doctoral dirigida por el Prof. Dr. MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y que ha sido financiada gracias a la ayuda del Subprograma de Formación de Personal Investigador de la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación del Ministerio de Ciencia e Innovación (hoy de Economía y Competitividad), con referencia BES-2011-047988, adscrita al Proyecto de Investigación "Repensando el Derecho penal: complejidad social y seguridad como retos de un Derecho penal a la vez garantista y eficaz" con referencia DER2010-16558 y dirigido por el Prof. Dr. MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. En la publicación de esta ponencia no se han incluido las notas al pie de página correspondientes a las referencias doctrinales y jurisprudenciales que sí constan en la tesis doctoral y que será objeto de posteriores precisiones. Agradezco a mi director, a los organizadores y a los participantes del Seminario por sus comentarios y sugerencias en relación con este trabajo y con los problemas que deben ser tratados en el desarrollo de mi tesis doctoral.

En un plano material se puede decir que las conductas de asesoría del asesor fiscal son bastante similares a las de otros profesionales, por ejemplo a las conductas de asesoría del personal sanitario –farmacéuticos, médicos y enfermeras-, de los juristas, de los economistas o de un informático; o incluso a la asesoría de sujetos que, sin contar con titulación universitaria, desarrollen una actividad de manera profesional, piénsese por ejemplo en un vendedor de armas de fuego o de un vendedor de maquinaria pesada. Todos ellos pueden i) suministrar información del estado de una cuestión, exponiendo diversas posibilidades, ii) aconsejar una particular vía de actuación, recomendando una de las opciones, iii) poner a disposición la opción elegida y iv) participar en la ejecución de la conducta.

Ahora, si bien es cierto que las diferencias entre los profesionales en razón de la profesión y, en consecuencia, en relación con sus conocimientos técnicos específicos, con las restricciones de acceso a la profesión y con las condiciones de ejercicio de la misma, conllevan variaciones en la eventual atribución de responsabilidad en general (penal y en otros ámbitos); en materia jurídico-penal el análisis de las conductas de asesoría profesional, todas ellas, están relacionadas con los mismos problemas de Parte general, como podrían ser la causalidad física y psíquica, las acciones neutrales, la determinación del dolo y de la imprudencia, el error y la autoría y la participación.

En este sentido, el verdadero factor diferenciador entre las diversas actividades de asesoría profesional se encuentra en la clase de delito(s) en que el asesor puede intervenir junto con el asesorado. Esto es así porque los problemas de Parte general relacionados con la asesoría van a requerir análisis diferenciados según las particularidades dogmáticas propias del tipo penal en cuestión. Por ejemplo, en materia del delito de defraudación tributaria, va a exigir el estudio de problemas como la delimitación del bien jurídico, la posibilidad de la defraudación por omisión, la naturaleza dogmática del límite cuantitativo, el error, las etapas de ejecución y la concreción del momento consumativo, el arrepentimiento activo y los problemas de autoría y participación en los delitos especiales; todo ello teniendo como referencia la intervención de un tercero asesor que cuenta con especiales competencias en materia fiscal y tributaria. Distintas son, por ejemplo, las conductas de asesoría del personal sanitario, las cuales por estar relacionadas con delitos que permiten –por la importancia de los bienes jurídicos que protegen- la comisión imprudente, requieren especialmente análisis que faciliten la determinación del deber de cuidado.

Así entonces, si bien los problemas que se estudiarán en esta investigación son generales y comunes a las actividades de asesoramiento, lo cierto es que en la intersección de los problemas dogmáticos de la asesoría con aquellos del delito de defraudación tributaria –como también en la particular casuística que se produce- se genera un espacio y unas condiciones concretas para profundizar en ciertos análisis –y a propósito de ciertos casos- que terminan siendo tan especiales, que justifican el tratamiento de la figura del asesor fiscal de manera separada en una tesis doctoral. Además, por la relevancia de un dato criminológico: la habitual intervención de terceros (entre ellos asesores) en la comisión de delitos fiscales. Finalmente, hay que señalar que haciendo una revisión de la bibliografía sobre el tema, se puede comprobar que no existe en la doctrina penal española un estudio monográfico de la responsabilidad penal del asesor fiscal.

Para poder atribuir responsabilidad penal al asesor y al asesorado, tienen que llevarse a cabo dos actividades principales: i) la determinación del desvalor objetivo y subjetivo de las conductas de cada uno; y ii) la concreción de su grado de intervención, como autor(es) o partícipe(s), en el contexto de un delito que la doctrina mayoritaria entiende como un delito especial propio. Teniendo en cuenta estos dos bloques de problemas principales, la tesis se estructura en dos partes: i) una primera parte en la que se estudia el problema de la *fundamentación de la responsabilidad del asesor fiscal* en el delito de defraudación tributaria, con base en una delimitación de las conductas profesionales de asesoría que pueden tener relevancia penal, el análisis dogmático del delito de defraudación tributaria y el tratamiento de las llamadas acciones neutrales. Y una segunda parte en la que se realiza la *valoración de la aportación del asesor* para determinar su grado de intervención, es decir, de autoría o de participación, en el ámbito de los delitos especiales, con la construcción final de una casuística en la que se evalúa el alcance de los problemas analizados previamente.

Dicho esto, en esta ponencia me centraré en uno de los problemas que están siendo tratados en la tesis, la concreción del bien jurídico; presentando en primer lugar el estado de la cuestión en la literatura científica, para luego tomar postura en el debate con base en una propuesta interpretativa, *de lege lata*, de algunos elementos del tipo objetivo del art. 305 CP. De esta forma pretendo plantear ciertos problemas dogmáticos que considero interesantes y aportar algunos elementos iniciales de análisis que

permitan deslindar las conductas constitutivas de lo injusto punible del resto de conductas antijurídicas en materia de fraude tributario.

La Ley 50/1977, de 14 de noviembre, "sobre medidas urgentes de reforma fiscal", reguló la base normativa del delito de defraudación tributaria tal y como lo conocemos hoy. Desde entonces, el tipo penal ha sido reformado en seis ocasiones, no obstante los debates relativos al bien jurídico protegido han tenido (bastante) continuidad en sus términos. Estamos hablando de casi cuatro décadas de producción dogmática a la orden del día, que por razones obvias de tiempo y pertinencia, no podré aludir de manera exhaustiva hoy aquí.

Para exponer el estado actual de la discusión propongo tomar como referencia cuatro construcciones del bien jurídico protegido plenamente desarrolladas en sus consecuencias dogmáticas y político-criminales; consideradas por la gran mayoría de la doctrina formulaciones paradigmáticas de las tesis de orientación patrimonial, en el caso de MARTÍNEZ-BUJÁN y AYALA GÓMEZ, y de las tesis funcionalistas, en el caso de PÉREZ ROYO y GRACIA MARTÍN.

En relación con el bien jurídico existen básicamente dos posturas doctrinales vigentes, que se suelen presentar de manera antagónica: unas *tesis de orientación patrimonial*, que son mayoritarias en la doctrina española y que coinciden en señalar que el delito de defraudación tributaria protege i) un bien jurídico inmediato que, con diferentes matices, sería el patrimonio de la Hacienda Pública –así, por ejemplo, en palabras de MARTÍNEZ-BUJÁN "el interés patrimonial de la recaudación en la fase de liquidación de los tributos" o, según la formulación de AYALA GÓMEZ "el interés patrimonial de la Hacienda que se concreta en el de la efectiva, completa, exacta y puntual recaudación de los tributos exigibles en virtud de las potestades que determinan el cuánto, cómo, cuándo y dónde realizar el pago o ingreso esperado"-; y ii) otro bien jurídico mediato que, con diferentes formulaciones también, consistiría en "las funciones que el tributo está llamado a cumplir" (MARTÍNEZ-BUJÁN) o en "otros intereses más genéricos y abstractos -la *función* otorgada a los tributos-" (AYALA GÓMEZ).

Frente a esto existen unas *tesis funcionales* que, rechazando explícitamente una configuración patrimonial, entienden que el bien jurídico consiste en "la función tributaria", postura propuesta por PÉREZ ROYO, o en "las tres funciones del tributo": financiera, de justicia y político-económica, postura propuesta por GRACIA MARTÍN.

Sin embargo, los exponentes de las tesis funcionales, a la hora de concretar los bienes jurídicos que entienden protegidos por el art. 305 CP, utilizan fórmulas del siguiente tenor: en palabras de GRACIA MARTÍN: "como la efectiva realización de las funciones del tributo sólo [se] alcanza con la posibilidad real de ingreso de la deuda tributaria legalmente debida, entiendo, con una formulación más concreta, que el bien jurídico protegido por los delitos e infracciones tributarios están constituidos por las funciones del tributo materializadas en la *posibilidad de realización efectiva de las previsiones de recaudación tributaria de acuerdo con la normativa reguladora de cada tributo individual integrante del sistema tributario"*; o en palabras de PÉREZ ROYO: "la defraudación tributaria es un delito de resultado que requiere para su consumación que se haya producido la efectiva lesión del bien jurídico, representado en este caso por la recaudación tributaria".

Razón por la cual entiendo que tanto las tesis patrimoniales como las funcionales, con diversas matizaciones pero sin que se altere el objeto que describen, coinciden en la identificación de un resultado típico decididamente cuantificable, patrimonial, representado en una recaudación incompleta, incorrecta o defectuosa de los "tributos" (MARTÍNEZ-BUJÁN, AYALA GÓMEZ) o "de la deuda tributaria o de la concreta pretensión u obligación tributaria" (GRACIA MARTÍN). La cual, están de acuerdo también todos ellos, debe alcanzar cierta entidad, al menos 120.000 euros, para que pueda entenderse consumado el delito. Cuantía, entonces, entienden forma parte del resultado típico y no solo una condición objetiva de punibilidad.

Así pues, puede observarse que los autores partidarios de las tesis patrimoniales, como ellos mismos advierten, consideran que la lesión del objeto material, el resultado típico, sería coincidente con la lesión del bien jurídico; mientras que las tesis funcionales consideran que la lesión del objeto material, el resultado típico, es diferente de la lesión del bien jurídico, representado por la "función tributaria" (PÉREZ ROYO) o las "funciones del tributo" (GRACIA MARTÍN). En consecuencia, formalmente el bien jurídico inmediato de las tesis funcionales coincidiría, en términos generales, con el bien jurídico mediato de las tesis patrimoniales. O, desde otra perspectiva, el bien jurídico inmediato de las tesis patrimoniales se explicaría correctamente como un "bien jurídico intermedio espiritualizado" (SCHÜNEMANN y ROXIN) o como un "bien jurídico con función representativa" (JAKOBS).

Esta última caracterización, no obstante, sería solo posible si se acepta, como creo que debe hacerse, que la realización típica de la acción defraudatoria individual no consigue lesionar ni poner en peligro concreto el bien jurídico de la "función tributaria" ni aquél de las "funciones del tributo", ni mucho menos es posible exigir que el dolo del autor abarque el menoscabo de ellas. Razón por la cual, se requeriría para que estos bienes jurídicos fueran puestos en peligro, de manera abstracta, la constatación de una lesión inmediata, reiterada y generalizada de otro bien jurídico (inmediato), en este caso de contenido patrimonial, concretado, como indican los propios GRACIA MARTÍN y PÉREZ ROYO, en la "efectiva/completa/correcta recaudación tributaria". Por lo demás, la exigencia de un límite cuantitativo como componente del resultado material del tipo (reputando atípicos aquellos ataques al bien jurídico situados por debajo de ese límite) supone un reconocimiento explícito por parte del legislador del principio de insignificancia, que funciona como elemento corrector de la intervención penal en este terreno.

En todo caso entiendo que en sentido técnico solo es posible hablar de un bien jurídico, que es aquel que ha de ser lesionado para que el delito se consume y cuya lesión debe ser abarcada por el dolo del autor, es decir, el bien jurídico inmediato. Que en este caso, considero, se trata de un bien jurídico de contenido patrimonial, que en sí mismo ya supone un interés o un objeto socialmente valioso digno de protección (penal). Dicho esto, entiendo también la importancia de precisar el contenido de uno, o varios, bienes jurídicos mediatos o indirectamente protegidos, con vista a discutir sobre la *ratio legis* de la disposición y acerca de la legitimidad de la intervención penal en esta materia, que bastantes problemas tiene, pero que es un tema al que no puedo referirme hoy. Solo quisiera dejar anotado que para la determinación de un bien jurídico mediato encuentro interesante la relación entre impuestos y garantía de los derechos, en un Estado social y democrático de Derecho como España.

Para hacer una interpretación, *de lege lata*, de la configuración del tipo objetivo del art. 305 CP, intentaré concretar la función dogmática que se le puede asignar a cada uno de los términos que componen el tipo penal previsto en el art. 305 CP. Tipo penal que, la doctrina mayoritaria, considera una ley penal en blanco y con elementos normativos, con consecuencias muy relevantes para el estudio del error de tipo y de prohibición, y además, para lo que importa hoy, para la definición y determinación del

contenido de los diferentes elementos del tipo de injusto, los cuales dependen en gran medida de la remisión a la normativa tributaria.

La estructura básica del tipo penal del art. 305 CP ha conservado, en términos generales, la misma configuración que aquella que tenía el art. 319 de la L 50/1977 y el posterior art. 349 (entre la LO 2/1985, de 29 de abril, y el vigente CP): i) la descripción de la acción típica con el verbo defraudar; ii) la identificación del sujeto pasivo del delito con la correspondiente Hacienda Pública, en un inicio solo estatal y local, con la LO 2/1985, de 29 de abril, también la autonómica y con la LO 6/1995, de 29 de junio, además la Hacienda Pública foral; iii) la mención de, se discute, dos (después más) modalidades genéricas de conducta o resultados típicos alternativos: "mediante la elusión del pago de impuestos o el disfrute ilícito de beneficios fiscales" según la Ley 50/1977, y a partir de la LO 6/1995, de 29 de junio, también "eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales"; iv) teniendo que, además, "los tributos", "las cantidades retenidas o que se hubieran retener", "los ingresos a cuenta de retribuciones en especie", "las devoluciones" y "los beneficios fiscales", pueden identificarse con el objeto material del delito; y v) la previsión de un resultado que requiere la causación de un perjuicio expresado con una cuantía mínima, que en 1977 era de más de dos millones de pesetas y ahora de más de 120.000 euros, con diferentes cambios en este periodo, y que, como se mencionó antes, se discute si se trata de un elemento del resultado típico o de una condición de punibilidad.

La primera precisión que quisiera hacer está relacionada con la inclusión por la LO 6/1995, de 29 de junio, en el entonces art. 349, de "las cantidades retenidas o que se hubieran debido retener" y "los ingresos a cuenta de retribuciones en especie". Aunque esta regulación fue consecuencia de la pretensión del legislador de zanjar una vieja discusión en el Derecho español, considero que con esas menciones el legislador incluyó otro tipo de injusto diferente y diferenciable del tipo de injusto de "defraudación tributaria", que podría denominarse "omisión de agente retenedor".

Cuando se habla de "elusión del pago de tributos", "devoluciones" y "beneficios fiscales", según la doctrina mayoritaria, se hace referencia implícitamente a una prexistente relación jurídico-tributaria que consiste en una obligación de dar una prestación pecuniaria, una suma de dinero. Esta obligación nace entre un sujeto y una

Hacienda Pública, como consecuencia de la realización de un supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, por ser manifestación de capacidad económica, es decir, lo que se conoce como hecho imponible. Este deber de contribuir, de pagar un tributo, proviene a su vez del art. 31.1 CE y existe para sostener los gastos públicos conforme a un principio redistributivo. Los tributaristas denominan a esta obligación pecuniaria: "obligación tributaria principal" para diferenciarla de otras obligaciones y deberes, derechos y potestades que se originan por la aplicación de los tributos pero sin estar relacionados con la capacidad económica, ni con un deber de contribuir.

El tipo de injusto que podría denominarse "omisión del agente retenedor" se referiría a una relación instrumental, sin duda también jurídico-tributaria, entre el retenedor y la administración, pero distinta a la que existe entre el contribuyente y la correspondiente Hacienda Pública, debido a que nace de un "hecho generador de la obligación de retener o de ingresar a cuenta" diferente del "hecho imponible".

La obligación tributaria principal si bien consiste en una prestación pecuniaria, conforme al art. 2.1 LGT, tiene la naturaleza de "ingreso público", está afectada por mandato constitucional al sostenimiento de los gastos públicos y su existencia depende del diseño de un sistema tributario que se basa en la capacidad económica. En consecuencia, entiendo que la obligación tributaria principal en tanto en cuanto (exclusivamente) prestación pecuniaria ya posee en sí misma, por cómo nace, por su naturaleza y por su afectación, una dimensión solidaria y redistributiva (en la vertiente de los ingresos públicos, de la carga de la contribución) que la hace ya valiosa y digna de protección. La suma de dinero, sin estos atributos, repito, relacionados con su nacimiento asociado a la capacidad económica y a un diseño del sistema tributario conforme; a su naturaleza de ingresos, de sumas, de naturaleza pública y a su afectación de contribuir con los gastos públicos, sería solo una suma de dinero pero no una cuota tributaria, sería algo diferente de lo que hablamos en el delito de defraudación tributaria. Y por tanto considero, además, que la definición del delito de defraudación tributaria como un delito especial propio depende de las particularidades de dicha obligación tributaria principal.

Ahora bien, el resultado típico consiste en la lesión del objeto material "obligación tributaria principal" que se materializaría, en un sentido análogo al que sostiene la doctrina mayoritaria, en "una recaudación incompleta, incorrecta o defectuosa" de la cuota tributaria, y por tanto cuantificable, con el requisito de una cuantía mínima, de

naturaleza ciertamente patrimonial. Este resultado típico, no obstante, tiene un presupuesto: la incorrecta liquidación del tributo; porque es en esta fase cuando se impide conocer a la Hacienda pública el verdadero importe de la prestación pecuniaria exigible, de la cuota tributaria -que incluye ya el cálculo de los beneficios fiscales, o cuando el impuesto está sujeto a retenciones, el cálculo de la cantidad a devolver si la cuota tributaria calculada es menor a aquello retenido-.

Así entonces, no toda forma de manifestación de perjuicio económico está comprendida en el tipo, siendo unánime la doctrina en la exclusión de los casos de mera falta de pago de la deuda tributaria. El impago de la deuda tributaria por el contribuyente cuando el acreedor Hacienda pública conoce su existencia afecta negativamente, desde luego, la recaudación tributaria, pero en este caso la obligación tributaria principal no sufre lesión alguna porque la Hacienda Pública, acreedor prepotente, tiene procedimientos propios para exigir el pago de sus créditos. Incluso en el caso en que el contribuyente se sustraiga de la obligación de pagar poniéndose en una situación de insolvencia, no sería el objeto material obligación tributaria principal el lesionado, sino algo diferente; quizás estos casos encajen en un delito de alzamiento de bienes.

La lesión del objeto material ocurre cuando la correspondiente Hacienda Pública, que es la titular de la obligación tributaria principal realmente existente, no va a poder exigir su pago en la sucesiva fase de recaudación del tributo porque, simplemente, desconoce su existencia, y entonces la falta de pago o la devolución indebida pueden volverse definitivos. La plena realización de la obligación tributaria principal solo es posible cuando el deudor, primero, reconoce su deuda liquidándola correctamente (y correcto en el sentido de completo y oportuno), y segundo, la paga; o cuando de un modo coactivo la deuda le es liquidada por la Administración, dependiendo del tributo, y la paga.

En este sentido, el delito de defraudación tributaria podría tener, quizás, dos resultados materiales en vez de uno "incompleta recaudación" con el presupuesto "incorrecta liquidación". Uno primero que consistiría en la correcta liquidación de la obligación tributaria principal; y uno segundo, que consistiría en su efectiva recaudación, o recaudación conforme a la liquidación, o simplemente en su recaudación. Porque si la recaudación fuese incompleta, o defectuosa, o no conforme, teniendo como base o referencia la obligación tributaria bien liquidada, pues nos encontraríamos en el

ámbito que ya explicaba, de no lesión del objeto material del delito de defraudación tributaria porque en todo caso la Administración tiene mecanismos para procurarse el pago. Pero tampoco bastaría la mera correcta liquidación sin la posterior recaudación, porque la lesión del objeto material supone en todo caso un perjuicio patrimonial, un no ingreso o una devolución de más de 120.000 euros. De manera que la consumación del delito solo se produce con el no ingreso o el ingreso mermado o con la obtención de la devolución.

En todo caso, sea porque se entiendan como dos resultados materiales o como un resultado material con un presupuesto, lo cierto es que considero que en este delito de defraudación tributaria el ataque al bien jurídico aparece totalmente expresado "en la incorrecta liquidación y recaudación de la obligación tributaria principal", y entonces, en términos positivos, la definición de bien jurídico podría ser *"la correcta (en cuanto completa y oportuna) liquidación y recaudación de la obligación tributaria principal"*. Es importante mencionar además que la lesión al bien jurídico tiene que entenderse en términos de menoscabo o afectación y no de destrucción.

Este bien jurídico, por lo dicho, tiene contenido patrimonial porque se refiere a los ingresos tributarios, como una tipología de ingresos públicos vinculados a una particular Hacienda Pública, pero no solo eso, porque que si bien la obligación tributaria consiste en una prestación pecuniaria dicha contribución está afectada al sostenimiento de los gastos públicos y su existencia proviene de una manifestación de capacidad económica. Y entonces, entiendo que la obligación tributaria principal, que es pecuniaria, ya posee en sí misma, por cómo nace, por su naturaleza y por su afectación, una dimensión solidaria y redistributiva (desde la perspectiva de los ingresos públicos y en la distribución de la carga de la contribución) que la hace valiosa y digna de protección (penal).

*** * * * * ***

Comunicaciones presentadas al III Congreso Nacional Penitenciario Legionense, Univ. de León*

Alfonso Allué Fuentes
Juez sustituto adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, España.
Socio de la FICP.

~El derecho a la salud de los internos en el ámbito penitenciario~

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Desde la Sociedad Española de Sanidad Penitenciaria (SESP) se han constatado las carencias del modelo prestacional y del perfil sanitario de los clientes del sistema, situación que se ha visto empeorada a causa de la crisis económica[1]. La cuestión es preocupante si se tienen en cuenta los índices de prevalencia de determinadas enfermedades en el ámbito penitenciario, tales como la hepatitis C (22%), VIH (6%), los trastornos mentales (40%, de los que un 8% son graves), las drogodependencias (entre el 70% y el 80%) y situaciones de exclusión social.

El modelo de asistencia integral que intentó implantar la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) comenzó a perjudicarse con ocasión de las reformas legislativas y del aumento de la población penitenciaria[2]. La Ley 14/1986 creó el Sistema Nacional de Salud, contemplando en el mismo la sanidad penitenciaria así como su armonización y refundición. Ahora bien, el mencionado incremento de la población reclusa y la aparición de nuevas enfermedades transmisibles provocaron que el Reglamento Penitenciario (RP) de 1996, en sus arts. 207 y ss., estableciera un modelo mixto según el cual la atención primaria quedaría en manos de Instituciones Penitenciarias (con medios propios o ajenos concertados) y la atención especializada correspondería al Sistema Nacional de Salud (SNS), formalizándose entre dichas Administraciones convenios de colaboración.

---

* Congreso celebrado los días 9 y 10-5-2016 en la Univ. de León, Facultad de Derecho, y dirigido por el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo. Coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León, conjuntamente con la Agrupación de Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias (Acaip), la Fundación Sociedad y Justicia y la FICP. Las Actas del III Congreso se encuentran disponibles en la página web de la FICP www.ficp.es en la sección de Actas de Congresos y Seminarios.

[1] http://www.eldiario.es/sociedad/sanidad-carceles_0_323368482.html

[2] SERRANO TÁRRAGA, M.V., Derecho a la salud de los internos en centros penitenciarios y sanidad penitenciaria, Revista de Derecho UNED, núm. 6, 2010.

El art. 208 RP garantiza a los internos una asistencia sanitaria equivalente a la que se reconoce al conjunto de la población, y les reconoce las prestaciones farmacéuticas y las complementarias básicas. Sin embargo, se ha cuestionado que el sistema diseñado así lo permita y desde diversas instancias se ha propuesto que se haga efectiva la integración prevista en el SNS, en defensa de lo cual se alegan desde la SESP razones legales, económico-administrativas y laborales. Entre las primeras destaca el incumplimiento de la Ley 14/1986 y de la D.A. 6ª de la Ley 16/03, de Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que otorgan el plazo de 18 meses para la integración en el SNS y las transferencias competenciales a las Comunidades Autónomas. El resultado es que hasta el momento actual solamente Cataluña y el País Vasco han asumido competencias en sanidad penitenciaria; por lo demás, no se han atendido ni las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre aspectos éticos y organizativos de la salud en el medio penitenciario (1998) ni las Reglas Penitenciarias Europeas (2006) ni diversas proposiciones no de ley ante las Cortes en el mismo sentido[3]. La consecuencia de todo ello es la discriminación que se genera en materia asistencial para la población penitenciaria, e incluso para los profesionales médicos, como destaca la Organización Médica Colegial, afectando tanto a las prestaciones como a la relación terapéutica y a la formación de los facultativos de prisiones[4].

Esta situación llevó a los Fiscales de Vigilancia Penitenciaria, en una reunión celebrada en el mes de abril de 2015, a concluir en la necesidad de instar el urgente cumplimiento de las transferencias de los servicios sanitarios penitenciarios a las Comunidades Autónomas, ante las limitaciones que han de afrontar los facultativos penitenciarios en comparación con los que se encuentran integrados en los servicios autonómicos. Un ejemplo de ello es que los primeros tienen vedado el acceso a las historias clínicas de los internos en el nivel autonómico, lo cual obliga a que desde el centro penitenciario se hayan de requerir tales historias y las pruebas médicas, lo que retrasa notablemente los tratamientos y crea una situación incompatible con el principio constitucional de igualdad de todos los ciudadanos como valor superior del ordenamiento jurídico. Y, por otra parte, junto a los problemas de índole prestacional aparecen también disfunciones en la relación médico-paciente por la inclusión de los sanitarios en la organización administrativa penitenciaria, lo que puede comprometer el Código de Ética y Deontología Médica y sus principios de independencia, autonomía y confidencialidad, por la

[3] http://www.sesp.es/
[4] http://corporativo.congresosesp.es/sesp/J75/descargas/Uno/Id/I74/docOmc

superposición de elementos propios del medio penitenciario, originando una relación *sui generis* dentro de la praxis médica[5].

II. BREVE CASUÍSTICA, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA HEPATITIS C

En la jurisprudencia menor podemos encontrar casos de diferente carácter y entidad que han dado lugar al dictado de las correspondientes resoluciones, en relación con aspectos conectados con el derecho a la salud de los internos en centros penitenciarios:

1. En Auto de 3 de febrero de 2016 del Juzgado Central de Menores (con funciones de Vigilancia Penitenciaria) se resolvió sobre la queja de un interno relativa a la denegación de proporcionarle una alimentación vegana. La pretensión fue parcialmente estimada atendiendo a los arts. 21.1 LOGP y 226.1 RP, a fin de dar protección en lo posible a las convicciones personales del interno facilitándole una dieta respetuosa con las mismas, sin perjuicio de que él mismo pudiera completar el racionado a través del servicio de economato y de someterse a los controles médicos oportunos para constatar si su estado requiere o no de algún suplemento alimenticio o vitamínico no proporcionado en el economato del centro penitenciario.

2. El Auto de 13 de enero de 2008 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de A Coruña se pronunció sobre el ingreso de un interno en centro hospitalario para recibir tratamiento médico sanitario contra su voluntad. Según los servicios médicos del centro penitenciario, concurría la necesidad de dicho traslado al existir un peligro para la vida del interno si persistía en su negativa a aceptar el tratamiento prescrito.

La resolución argumenta sobre el deber que existe a cargo de la Administración Penitenciaria consistente en velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia (art. 3.4 LOGP). Es indudable que la autorización solicitada por el centro penitenciario limita los derechos el interno; sin embargo, la integridad física y la salud son valores constitucionalmente reconocidos que deben prevalecer cuando un interno se coloca en peligro de muerte como consecuencia de su negativa a aceptar un tratamiento médico que le ha sido prescrito. En cumplimiento de la relación de sujeción especial existente entre la Administración Penitenciaria y los internos, resulta que velar por la vida y la salud de éstos no degrada su derecho a la integridad física y moral, pues la restricción en que consiste el ingreso coactivo en un centro hospitalario, y la asistencia médica obligatoria, conectan

[5] GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P., Sanidad penitenciaria y tutela judicial del derecho a la salud de los internos. Especial referencia a la atención a la hepatitis C y a la enfermedad mental, 2015, pp. 3-4.
Disponible en www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=4294

causalmente con la preservación de bienes tutelados por la Constitución, entre ellos la vida, que en el caso examinado corría grave peligro en vista de la actitud obstativa del interno, por lo que la resolución dispuso su traslado al hospital con el fin de recibir el tratamiento médico contra su voluntad, sin esperar a que se presentase una situación irreversible con daño persistente para la integridad física.

3. Caso análogo al anterior, si bien con sus propios matices, es el resuelto en Auto de 4 de julio de 2007 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria No. 1 de Madrid. Se trata aquí de un interno que se niega a someterse a una prueba de diagnóstico en hospital, la cual se precisaba para descartar, en su caso, un pronóstico de quiste hidatídico o cáncer broncogénico, siendo para ello necesaria la realización de un TAC. El interno manifestó al médico forense que se haría el TAC cuando estuviese en libertad.

El juzgado invoca en primer lugar los arts. 210 RP y 4 y 5 de la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente, la información y la documentación clínica. En dichos preceptos se recoge la necesidad de consentimiento informado del paciente para recibir el correspondiente tratamiento médico sanitario. A continuación, sobre la base del mismo art. 210 RP y del art. 5.4 de la citada Ley, el órgano judicial justifica la intervención médica directa, sin previo consentimiento, cuando concurran circunstancias objetivas que pongan en peligro la vida del paciente o perjudiquen gravemente su salud. La resolución se pronuncia finalmente en los siguientes sentidos: 1º. Los servicios médicos del centro penitenciario deben informar al interno sobre la enfermedad que padece y las consecuencias que sobre su salud tendría la negativa a someterse a la prueba de diagnóstico; 2º. Si el interno persiste en su negativa, se dejará constancia documental en su expediente, con dación de cuenta al juagado; y 3º. Si en un futuro se constata la existencia de un peligro inminente para la vida del interno, se actuará de conformidad con el art. 210 RP.

Un supuesto llamativo tanto por la gravedad de la afección como por la polémica que su tratamiento ha suscitado es el correspondiente a la hepatitis C, que afecta a un 21’3% de los internos, problema que aún se acentúa si se tiene en cuenta que uno de cada tres afectados por esta enfermedad también está infectado por VIH (son los denominados “coinfectados”). Así se desprende del Informe de las prevalencias de las infecciones de VIH y Hepatitis C en Instituciones Penitenciarias, de 2013. Sin embargo, el porcentaje de tratados es mínimo, situándose en el 2’8%, según Instituciones Penitenciarias. El problema se sitúa en el conflicto abierto entre las Administraciones a propósito de la dispensación y el

pago de los medicamentos, lo que deja a los internos en una posición de desventaja respecto de los usuarios de la sanidad en libertad.

Hemos de remontarnos en el tiempo hasta el año 2011, cuando la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) aprobó un nuevo tratamiento contra el virus más común que supuso una tasa de curación de hasta el 75%. Se trataba de la "triple terapia", que añadía a los dos medicamentos habituales (interferón y rivarina) otro fármaco (boceprevir o telaprevir). Sin embargo, su elevado coste coincidió con los peores momentos de la crisis económica, optándose desde Instituciones Penitenciarias por establecer un cupo en agosto de 2012 ante las demandas para su adquisición por parte de los médicos de prisiones. Dicho cupo originó la necesidad de autorizaciones centralizadas y nominales, lo que ralentizó su dispensación hasta el punto de que en 2013 solamente fueron tratados tres enfermos. Esta situación puede comprometer la vida de los internos si la enfermedad evoluciona hacia la cirrosis, y con mayor motivo si se excluye de los tratamientos a los preventivos y a los coinfectados. Respecto de estos últimos, la Administración Penitenciaria ha denegado el nuevo tratamiento alegando dos motivos: 1º. Ante la carencia de ensayos clínicos en coinfectados, la ficha técnica del medicamento no contempla su administración en esos casos; y 2º. La Administración Penitenciaria carece del entorno y de los dispositivos asistenciales necesarios para efectuar un seguimiento hospitalario[6].

Así las cosas, la jurisdicción ordinaria ha tenido que conocer de esta problemática tanto en sede de vigilancia penitenciaria como en vía contencioso-administrativa. La primera de ellas, que aquí interesa, se ha producido a través de la tramitación de quejas presentadas por reclusos a quienes se denegaba el tratamiento. A modo de ejemplo:

1. En el Auto de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 2ª, de 13 de abril de 2016 (Rec. 251/2016) se recoge el caso de un interno enfermo de hepatitis C, con varios años de evolución, al que se le prescribió facultativamente Harvoni+Ribavirina. Pese a ello, el centro penitenciario deniega la dispensación y administración de dichos fármacos, decidiendo la Audiencia estimar el recurso del interno para que se le administren los referidos medicamentos en el centro penitenciario a fin de combatir la enfermedad diagnosticada, apoyándose en los siguientes razonamientos: 1º. Concurren en el interno todos los requisitos exigibles para su administración; 2º. La situación del interno y la necesidad del tratamiento prescrito están confirmados por informes médicos y reconocidos por la propia resolución apelada; y 3º. Se ha acreditado la necesidad de que el interno reciba

[6] GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P., loc. cit., pp. 10-11.

un tratamiento médico y farmacológico concreto, que cumple con los requisitos exigidos por el Ministerio de Sanidad, y si perjuicio de que su administración pueda ser realizada en régimen ambulatorio en el mismo centro penitenciario, no apreciándose causa ni excusa algunas que justifiquen que a este paciente, por el solo hecho de hallarse interno cumpliendo condena privativa de libertad, no se le dispense igual trato y asistencia médica que al resto de la población.

2. El Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria No. 2 de la Comunidad Valenciana, con sede en Alicante, de 10 de mayo de 2013 (Rec. 2283/2012), resuelve el supuesto de un interno al que mediante resolución anterior se le había estimado una queja relacionada con la recepción de tratamiento médico y farmacológico en el centro penitenciario. No obstante, el establecimiento informó en el sentido de que tratándose de un paciente coinfectado, no cumplía los requisitos exigidos por la AEMPS en la correspondiente ficha técnica, careciéndose del entorno de un ensayo clínico, así como de seguimiento hospitalario y de dispositivos asistenciales especializados, optando el centro penitenciario por derivar la administración del tratamiento a través de los recursos del Hospital General Universitario de Alicante.

Frente a estas alegaciones, el juzgado decide a favor del derecho del interno a recibir el tratamiento de conformidad con el protocolo establecido por la Agencia Valenciana de Salud y previo consentimiento informado del interno, al concurrir las siguientes circunstancias para ello: 1ª. La administración de telaprevir o boceprevir fuera de ficha técnica es legal y en el interno se aprecian los requisitos que exige la AEMPS, no existiendo en el caso otra alternativa terapéutica. Dicho tratamiento no requiere ingreso hospitalario, salvo complicación, y puede ser dispensado en el centro penitenciario; 2ª. El Hospital manifiesta igualmente que el tratamiento de la hepatitis C con los mencionados fármacos es ambulatorio y no precisa de ingreso hospitalario; y 3ª. Aun no existiendo cobertura legal para suministrar el tratamiento al interno coinfectado, la falta de otra alternativa terapéutica permite con carácter excepcional su uso bajo la responsabilidad del paciente (nótese que la AEMPS no lo aprueba por la desfavorable rotación riesgo/beneficio).

Por su parte, la Defensora del Pueblo en su informe del año 2014 pone de manifiesto que

> "en la actualidad, hay un cierto número de internos a los que les han sido prescritos estos fármacos por los especialistas de los servicios de salud públicos correspondientes, que no los estarían recibiendo, pues la Administración Penitenciaria considera que el importe económico ha de ser satisfecho por las Comunidades Autónomas, toda vez que se trata de fármacos de dispensación hospitalaria. Ante la

> negativa autonómica a correr con estos gastos, la Administración Penitenciaria, a través de los servicios jurídicos del Estado, inicia actuaciones judiciales. Entre tanto, los internos enfermos no reciben el tratamiento prescrito y su estado de salud se deteriora. Estas circunstancias motivan que el Defensor del Pueblo indique a la Administración Penitencia la necesidad, por motivos humanitarios, de que se proceda al pago de tales fármacos sin perjuicio de que paralelamente se inicien actuaciones judiciales si se estima que hay base legal para ello".

Y respecto de los pacientes coinfectados, señala que Instituciones Penitenciarias "ha negado el fármaco a los reclusos coinfectados con hepatitis C y VIH, amparándose en que la ficha técnica de los medicamentos no lo contempla, cuando la Agencia Española del Medicamento advierte de que en esas circunstancias es más necesario todavía", concluyendo que el asunto será objeto de especial seguimiento en 2015 (DEFENSOR DEL PUEBLO, 2014, p. 162 y ss.).

Finalmente, en materia de financiación para adquirir los fármacos destinados al tratamiento de la hepatitis C (singularmente Sovaldi, medicamento actual de referencia), el Ministerio del Interior ha consignado una partida presupuestaria de 20 millones de euros para la compra de los mismos, y en el ámbito territorial, según informa Instituciones Penitenciarias, la Comunidad Valenciana suministra medicamentos en los centros penitenciarios a los internos que los tienen prescritos, tras el cumplimiento del correspondiente protocolo y en igualdad de condiciones que la población general.

BIBLIOGRAFÍA

SERRANO TÁRRAGA, M.V., Derecho a la salud de los internos en centros penitenciarios y sanidad penitenciaria, Revista de Derecho UNED, núm. 6, 2010.

GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P., Sanidad penitenciaria y tutela judicial del derecho a la salud de los internos. Especial referencia a la atención a la hepatitis C y a la enfermedad mental, 2015, pp. 3-4; 10-11.

Disponible en www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=4294

DEFENSOR DEL PUEBLO, 2014, pp. 162 y ss.

http://defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/index.html

* * * * * *

Antonio Bueso Alberdi
Abogado en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Teruel. Socio de la FICP.

~La libertad condicional~

La libertad condicional es aquella situación de libertad anticipada en la que se encuentra un penado en atención a la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social y cuya concesión y mantenimiento se supedita a la condición de que no delinca mientras se encuentre en la misma.

La libertad condicional en nuestro sistema jurídico tiene una finalidad preventivo-especial, puesto que intenta paliar los efectos negativos que la reclusión puede causar en el individuo.

Tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, aparece regulada en los artículos 90 a 92 del Código Penal, introduciéndose importantes aspectos novedosos en su regulación, de los que podemos destacar que la libertad condicional deja de constituir el cuarto grado para pasar a configurarse como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena. Al hilo de lo anterior, y a diferencia de lo que venía sucediendo hasta ahora, el tiempo de libertad condicional no computará como tiempo de cumplimiento de condena, sino que la concesión de la libertad condicional determinará la suspensión de la ejecución del resto de la pena durante un determinado período de tiempo. De tal forma, que, si durante ese tiempo el penado no reincide y cumple las condiciones impuestas, se declarará extinguida la pena pendiente de cumplimiento; y, por el contrario, si durante ese período de libertad condicional comete un nuevo delito o incumple gravemente las condiciones impuestas, la libertad será revocada y deberá cumplir la parte de pena pendiente.

Igualmente, la LOGP alude a la libertad condicional en varios preceptos (artículos 17.3; 67 y 72) y el RP ha regulado la libertad condicional en los artículos 192 a 201.

I. LA LIBERTAD CONDICIONAL COMÚN U ORDINARIA

1. Requisitos y causas de denegación

Conforme al artículo 90.1 CP, el Juez de vigilancia penitenciaria acordará la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional al penado que cumpla una serie de requisitos:

a) Requisitos objetivos:

1) Que se encuentre clasificado en tercer grado. Se excluyen así a penados pendientes de clasificación y a los penados clasificados en primer o segundo grado de tratamiento.

2) Que haya extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta. Se excluyen las modalidades de adelantamiento, y las especiales de septuagenarios y de enfermos graves con padecimientos incurables.

3) Que haya observado buena conducta. La interpretación común de este requisito, se inclina por equipararlo a carecer de sanciones pendientes de cancelación, especialmente las graves y las muy graves.

4) En los casos de existencia de responsabilidad civil, no se concederá la suspensión si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por los apartados 5 y 6 del artículo 72 de la LOGP. En realidad, se trata de las mismas exigencias ya previstas en el artículo 72.5 LOGP, pues si se encuentra en tercer grado es por haberse cumplido lo previsto en el citado precepto.

b) Requisito subjetivo, discrecional y valorativo:

Señala el mencionado artículo 90.1 CP que para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad, el Juez de vigilancia penitenciaria valorará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por la reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales y a los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas. Si bien se ha suprimido con la reforma la referencia expresa al requisito de la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social del reo, este requisito subsiste implícitamente, pues dicha valoración debe proceder de un pronóstico de reinserción social favorable basado en un pronóstico bajo de reincidencia.

c) Denegación de la libertad condicional:

Al igual que el Juez de vigilancia penitenciaria puede aprobar la libertad condicional del penado, igualmente podrá denegarla, cuando:

- No concurran los requisitos objetivos legalmente establecidos a que antes hemos hecho referencia.
- Realizada la valoración por el Juez de vigilancia penitenciaria del requisito subjetivo anteriormente citado, considere que no se debe aprobar la libertad condicional.
- Y, tal y como recoge el novedoso artículo 90.4 CP, cuando el penado hubiera dado información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento conforme a su capacidad al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 LEC. Y finalmente, para alguno de los delitos previstos en el Título XIX del Libro II del CP, cuando el penado hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias o la reparación del daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado. Se trata en este último caso de los delitos contra la Administración Pública, donde se engloban todos aquellos delitos que se denominan coloquialmente como de *"corrupción política",* que han generado en los últimos tiempos una elevada preocupación en la sociedad.

2. Tramitación

Según establece el artículo 90.7 CP:

> "El juez de vigilancia penitenciaria resolverá de oficio sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional a petición del penado. En el caso de que la petición no fuera estimada, el juez o tribunal podrá fijar un plazo de seis meses, que motivadamente podrá ser prolongado a un año, hasta que la pretensión pueda ser nuevamente planteada."

Tras la reforma operada por la LO 1/2015, se posibilita que la tramitación del expediente de libertad condicional se inicie a instancia del penado y, señalo esto puesto que el artículo 194.1 del RP sigue estableciendo que la junta de tratamiento es el órgano al que corresponde iniciar la tramitación del expediente de libertad condicional, recogiéndose un requisito temporal para que no sufra retraso la concesión.

Aunque no se contempla en el Código Penal, sino en la LO 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima, la víctima que hubiera solicitado ser notificada del auto estará legitimada para recurrirlo y tendrá que ser oída antes de su concesión, pudiendo interesar que se imponga al liberado reglas de conducta para garantizar su seguridad (*ver artículo 13.1).*

Por su parte, el artículo 90.5 CP, en su párrafo 1º, señala que, en los casos de suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, resultarán aplicables las normas contenidas en los artículos 83, 86 y 87 CP. Es decir, pueden establecerse las prohibiciones y deberes del artículo 83 CP, pero no pueden imponerse las condiciones del artículo 84 CP.

A su vez, el artículo 90.5, en su párrafo 2º, recoge que el Juez de vigilancia penitenciaria, a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme al artículo 83 CP y acordar la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o prestaciones, la modificación de las que ya hubieran sido acordadas o el alzamiento de las mismas.

3. Plazo de suspensión

Tal y como señala el artículo 90.5 párrafo 4º, el plazo de suspensión de la ejecución del resto de la pena correspondiente a la libertad condicional en principio será de dos a cinco años, pero cabe que el período de cumplimiento suspendido exceda de cinco años, y de ahí que se agregue que, en todo caso, el plazo de suspensión de la ejecución y de libertad condicional no podrá ser inferior a la duración de la parte de pena pendiente de cumplimiento.

El plazo de suspensión y libertad se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado.

4. Revocación

El Juez de Vigilancia penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión, que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada.

Señala el artículo 90.6 CP, que la revocación de la suspensión de la ejecución del resto de la pena y libertad condicional dará lugar a la ejecución de la parte de la pena pendiente de cumplimiento. "El tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento de la condena".

Lo anterior, es una clara consecuencia de la actual identificación de la libertad condicional con la suspensión de la condena; vemos que ahora el tiempo transcurrido en libertad condicional no será computado como tiempo de cumplimiento. Queda derogado tras la reforma de la LO 1/2015, el anterior artículo 93 CP.

II. MODALIDADES ESPECIALES DE LIBERTAD CONDICIONAL

Frente a la libertad condicional común, nos encontramos una serie de libertades condicionales especiales, entre las que se encuentran los adelantamientos de la libertad condicional común y reforzada, la libertad condicional de septuagenarios, de enfermos graves con padecimientos incurables, de extranjeros y de penados terroristas y por delitos inscritos en el marco del crimen organizado.

1. Adelantamiento de la libertad condicional común

Al adelantamiento de la libertad condicional denominada común, se refiere el artículo 90.2 CP. Es el adelantamiento de la libertad condicional desde las 3/4 partes a las 2/3 partes. Su regulación es prácticamente idéntica a la anterior a la LO 1/2015, con la única salvedad de que ahora se posibilita el acceso a esta modalidad no solo a aquellos reos que hayan desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales y ocupacionales, sino también a los penados que, aun sin esa continuidad, manifiesten un aprovechamiento de dichas actividades y que suponga una modificación destacable de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa. Así, establece el artículo 90.2 CP:

> "También podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y conceder la libertad condicional a los penados que cumplan los siguientes requisitos:
>
> 1., Que hayan extinguido dos terceras partes de su condena.
>
> 2., Que durante el cumplimiento de su pena hayan desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, bien de forma continuada, bien con un aprovechamiento del que se haya derivado una modificación relevante y favorable de aquellas de sus circunstancias personales relacionadas con su actividad delictiva previa.
>
> 3., Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el apartado anterior, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena".

2. Adelantamiento reforzado de la libertad condicional

El adelantamiento reforzado implica la libertad condicional anticipada de una manera reforzada sobre las 2/3 partes, a razón de 90 días por cada año de cumplimiento efectivos, con concesión en todo caso a partir de la mitad de cumplimiento material de la pena. A este adelantamiento reforzado se refiere el artículo 90.2 último párrafo del CP, que dispone que

> "A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de las letras a) y c) del apartado anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuadamente las actividades indicadas en la letra b) de este apartado y que acredite, además la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso".

3. Adelantamiento a la mitad de la condena

Es una de las novedades de la reforma de la LO 1/2015 y se plantea como una alternativa excepcional para penados primarios, es decir, aquellos que por primera vez cumplan su condena en prisión, siempre que esta no supere los tres años y se den determinadas condiciones. Esta novedad refleja el sentido general de la reforma en el sistema de penas, se introducen mecanismos e instituciones que pretenden ofrecer una respuesta contundente a los delincuentes multirreincidentes, y, de un modo coherente, se ofrecen nuevas posibilidades de obtener la libertad a los penados primarios que presentan un pronóstico favorable de reinserción.

A ella se refiere el artículo 90.3 CP, conforme al cual:

> "Excepcionalmente, el juez de vigilancia penitenciaria podrá acordar la suspensión de la ejecución del resto de pena y conceder la libertad condicional a los penados en que concurran los siguientes requisitos:
>
> 1., Que se encuentren cumpliendo su primera condena de prisión y que esta no supere los tres años de duración.
>
> 2., Que hayan extinguido la mitad de su condena.
>
> 3., Que acredite el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el apartado 1, salvo el de haber extinguido tres cuartas partes de su condena, así como el regulado en la letra b) del apartado anterior.
>
> Este régimen no será aplicable a los penados que lo hayan sido por la comisión de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales".

Y tampoco será aplicable a las personas condenadas por delitos de terrorismo y por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales (art. 90.8 CP).

4. Modalidades especiales de septuagenarios y enfermos graves con padecimientos incurables

Ambas modalidades aparecen reguladas en el artículo 91 CP, que prácticamente reproduce la anterior regulación.

Establece el artículo 91.1 CP que:

> "…los penados que hubieran cumplido la edad de 70 años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquella, las dos terceras partes o, en su caso, la mitad de la condena, podrán obtener la suspensión de la ejecución del resto de la pena y la concesión de la libertad condicional.
>
> El mismo criterio se aplicará cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables, y así quede acreditado tras las prácticas de los informes médicos que, a criterio del juez de vigilancia penitenciaria, se estimen necesarios".

Por su parte, el artículo 92.3 CP, hace referencia al interno enfermo terminal en peligro de muerte inminente:

> "Si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario, el juez o tribunal podrá, sin necesidad de que se acredite el cumplimiento de ningún otro requisito y valorada la falta de peligrosidad relevante del penado, acordar la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concederle la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el apartado anterior.
>
> En este caso, el penado estará obligado a facilitar al servicio médico penitenciario, al médico forense, o a aquel otro que se determine por el juez o tribunal, la información necesaria para poder valorar sobre la evolución de su enfermedad.
>
> El incumplimiento de esta obligación podrá dar lugar a la revocación de la suspensión de la ejecución y de la libertad condicional."

En relación con este precepto, conviene recordar la STC 48/1996, de 25 de marzo conforme a la cual, tan solo una enfermedad grave e incurable en cuya evolución incida desfavorablemente la estancia en la cárcel con empeoramiento de la salud del paciente, acortando así la duración de su vida, aun cuando no exista riesgo inminente de su pérdida, permite la excarcelación del recluso aquejado por aquella, si se dan las demás circunstancias cuya concurrencia exige el Código Penal.

A este respecto, conviene tener presente los criterios establecidos en la Instrucción 1/2000, de 11 de enero, de la Secretaría General de Instituciones penitenciarias, donde se recogen los requisitos para considerar que un interno padece una enfermedad muy grave.

Por último, debemos destacar la STC 79/1998, de 1 de abril, según la cuál, no es automáticamente concedida la libertad condicional por motivos de edad, negándose dicho beneficio por no dar garantías suficientes de vivir respetando la ley penal, según lo establecido en el artículo 59 de la LOGP, a pesar de su avanzada edad.

5. Libertad condicional de condenados a pena de prisión permanente revisable.

El nuevo artículo 92 CP regula la suspensión de la ejecución de la nueva modalidad punitiva de la prisión permanente revisable. Los requisitos aplicables a la suspensión condicional parcial de la pena de prisión permanente son muy semejantes a los exigidos para las penas de duración determinada. En esta pena se mantiene el informe pronóstico final del artículo 67 de la LOGP, emitido por el centro penitenciario, o el emitido por los especialistas que el tribunal determine, así como el cumplimiento de un período efectivo de condena que, con carácter general, se cifra en un mínimo de 25 años, ampliando a 28, 30 ó 32 años. Se añade para estos casos, que, si el penado lo hubiera sido por varios delitos, el examen de los requisitos a que se refiere la letra c) de este nuevo artículo 92 CP se realizará valorando en su conjunto todos los delitos cometidos.

Transcurrido ese mínimo de tiempo, se procede a revisar la situación del penado cada dos años. Esta revisión exige de un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio fiscal y el penado asistido de abogado. Por último, es preciso advertir que, en la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena y la concesión de la libertad condicional en esta nueva modalidad punitiva de la prisión permanente revisable, todas las competencias se atribuyen al tribunal sentenciador, salvo la revocación de la suspensión que se atribuye al juez de vigilancia penitenciaria.

Acordada la suspensión de la ejecución de la pena (libertada condicional), cuya duración podrá ir de entre los 5 a los 10 años, el penado quedará condicionado a no delinquir y al cumplimiento de determinadas condiciones, que de no cumplirse determinarán la revocación de la suspensión y el reingreso en prisión. En caso de cumplimiento, la pena podrá declararse extinguida por remisión una vez vencido el plazo de suspensión.

6. Libertad condicional de condenados por delitos de terrorismo o inscritos en el marco del crimen organizado

Aparece regulada en el artículo 90.8 CP, que introduce dos novedades respecto de

la anterior regulación:

a) Si bien se suprime la referencia expresa a la necesidad de un pronóstico favorable de reinserción social, implícitamente se deduce del tenor del precepto.

b) Se excluyen de este tipo de delitos no solo la modalidad atenuada de adelantamiento a 2/3 partes, sino la nueva modalidad de adelantamiento a mitad de la condena.

Así, establece el mencionado precepto:

> "En el caso de personas condenadas por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o por alguno de los delitos regulados en el capítulo VII del título XXII del libro II de este Código, la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta y concesión de la liberta condicional requiere que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista, haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delitos, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener preba o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia, y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que le rodean, y su colaboración con las autoridades".

7. Libertad condicional de extranjeros

El artículo 197 del RP recoge la posibilidad para los internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero, de disfrutar el período de libertad condicional en el país de residencia, previa conformidad del interno.

El punto 2º del mencionado precepto dispone que, con el fin de poder dar cumplimiento a la medida de expulsión prevista en el artículo 89 CP, con antelación suficiente, se comunicarán al Ministerio Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros, en el que se harán constar las fechas de cumplimiento de las 2/3 partes y de las 3/4 partes de su condena o condenas.

En relación con este precepto, es conveniente precisar que, reintroducida la expulsión sustitutiva parcial en fase de ejecución por reforma del artículo 89 CP, operada por la LO 5/2010, la comunicación antedicha debe entenderse en lo concerniente a penas impuestas conforme a la normativa anterior a la entrada en vigor de la LO 1/2015 referida a las 3/4 partes, y a la propia progresión al tercer grado, en

cuanto a penados extranjeros no residentes legalmente en España, a fin de que el Fiscal pueda evaluar la petición de expulsión sustitutiva, al menos respecto de delitos perpetrados tras la entrada en vigor de la reforma, e incluso a penas correspondientes a delitos anteriores no revisadas, si se cuenta con la aceptación del penado. La cuestión varía respecto a penas impuestas conforme a la LO 1/2015, donde el acceso al tercer grado y a la libertad condicional opera como factor condicionante *ope legis* de la materialización de la expulsión, cuando la misma hubiere sido acordada por el juez o tribunal sentenciador (artículos 89.1 y 2 CP), sea en la propia sentencia, o bien en auto posterior a la firmeza de la sentencia (art. 89.3 CP).

BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ ARÉVALO/NISTAL BURÓN, Derecho Penitenciario, Aranzadi, 2016.

PLASENCIA DOMÍNGUEZ, Revista Jurídica Sepín, junio 2015.

VICENTE DE GREGORIO, Cuestiones básicas de derecho penitenciario y de ejecución de penas privativas de libertad, editorial LDL, San Fernando de Henares, 2015.

* * * * * *

M.ª Guadalupe Domínguez Dueñas
Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, España. Socia de la FICP.

~Los derechos de los condenados~

I. LA REINSERCIÓN DEL PENADO, ¿UN DERECHO SUBJETIVO?

En su artículo 10.1, la Constitución Española declara que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad constituyen uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, Así se está reconociendo el principio liberal, presupuesto de la negación de las penas inhumanas (artículo 15 de la CE) por el cual cada hombre y consiguientemente también el condenado, no debe ser tratado nunca como medio o cosa, sino siempre como fin o persona, lo que implica una limitación fundamental a la calidad y cantidad de la pena.[1]

El art. 25.2 CE, establece*:*

> "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad."

Distintos autores se han preguntado si el precepto constituye un mandato que exhorta al legislador y a la Administración judicial y penitenciaria a perseguir la reinserción o reeducación social o, más bien, presenta un recorrido y alcance mayores, por encontrarnos ante un verdadero derecho subjetivo del condenado, que puede ser objeto de protección y salvaguarda en vía de amparo ante el TC.

El Tribunal Constitucional viene negando el carácter de derecho subjetivo del art. 25.2 CE, sosteniendo que las penas no solo están orientadas a la reinserción social del penado sino, también, a otros fines legítimos. Así, advierte que una concepción exclusiva y excluyente del fin del castigo, basada en la reinserción social como derecho subjetivo del condenado, impediría que las penas desplegasen otras funciones igualmente necesarias para la adecuada convivencia en Sociedad, como la prevención general y la retribución.[2]

---

[1] AGUILERA REIJA, M. Libertad condicional anticipada por enfermedad grave e incurable. pp. 1. Enlace en: http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=1002

[2] LÓPEZ MELERO, M. Los derechos fundamentales de los presos y su reinserción social. Tesis doctoral-2011. Pp. 731-740.

Señala la STC núm. 160/2012 de 20 de septiembre, recuerda la línea argumental sostenida desde la propia vigencia de la CE por su máximo intérprete:

> «el cometido esencial del sistema penal –que engloba también la legislación penal del menores– radica en la protección de los bienes jurídicos más importantes del ciudadano y la sociedad (…). Así, hemos afirmado que el legislador penal, para fijar la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna, ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en la que la misma opera y que podría catalogarse como funciones o fines inmediatos: a la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma –intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.– y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena» (con cita de las SSTC 55/1996, de 28 de marzo, F.6, y 161/1997, de 2 de octubre, F. 9)».

Así, para DAUNIS RODRÍGUEZ, el TC subordina la reinserción social a la protección de bienes jurídicos y, al mismo tiempo, la equipara con otras funciones de la pena, como la intimidación o la reafirmación del ordenamiento jurídico.[3]

Si bien el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales del Capítulo II del Título I de la Constitución, arts. 14 a 38, aunque devaluados, como es el caso de la libertad y otros que quedan restringidos o sometidos a una triple limitación: el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria; lo que la práctica enseña es que los derechos constitucionales de dicho colectivo puede ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a ciudadanos comunes. No obstante tal restricción habrá de ser justificada, necesaria y proporcional con el fin perseguido: seguridad y buen orden regimental del centro penitenciario. En el bien entendido de que esa restricción no habrá de ser la norma, sino la excepción.[4]

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS INTERNOS.

La Ley General Penitenciaria califica la prisión como "un mal necesario"; no obstante, a pesar de que la prisión tiene la finalidad de la plena reintegración social del recluso, lo cierto es que las cifras de reincidencia delictiva muestran la amplitud del fracaso, surgiendo un importante debate respecto a la efectividad de la medida.

---

[3] DAUNIS RODRÍGUEZ, A. La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.ª Época, n.º 10 (julio de 2013), p. 93-94.

[4] REVIRIEGO PICÓN, F. Los derechos de los reclusos, Tirant Lo Blanch, 2006, p. 3-4.

La prisión consiste en la privación de libertad, sin marginar al recluso de una sociedad de la que sigue formando parte, por lo que debe respetarse su integridad física y psíquica, debe dárseles un trato justo y humano y, ante todo, ha de garantizarse un proceso satisfactorio de reinserción en la sociedad una vez cumplida la sanción. La importancia actual de la rehabilitación y reeducación al objeto de situar al delincuente en condiciones de reincorporarse a la sociedad y llevar una vida en libertad plena, pasa, necesariamente, por el respeto a la persona reclusa.

Todo recluso tiene derechos y libertades de ámbito personal, en el que se incluye la dignidad de la persona, el derecho a la vida, la integridad personal, la intimidad, la libertad religiosa y de creencias, la seguridad y las comunicaciones, junto a otros del ámbito público, y también derechos sociales del ámbito penitenciario.

III. EL DERECHO A LA VIDA Y A UNA MUERTE DIGNA

Es claro que el Derecho a la vida, también de los penados, es el principal de todos los derechos recogidos en la Constitución Española, y que precede al resto. La STC 70/1985, de 31 de junio indicaba que el derecho a la vida humana, en su doble significación física y moral es la proyección de un valor superior del ordenamiento, sin el que los restantes derechos no tendrían existencia.

Así pues, la vida de un recluso también es inviolable como la de cualquier otra persona, y el artículo 4.2 a) del Reglamento Penitenciario entiende que el derecho a la vida es uno de los más protegidos frente a las agresiones de terceras personas debido al clima de violencia que se genera en las cárceles, atendiendo a esto se concreta en la prohibición de torturas y en aplicar normas disciplinarias innecesarias.[5]

Del reconocimiento de este derecho se derivan para el Estado dos deberes fundamentales: el deber de respetar las vidas humanas y el deber de protegerlas. Por tanto, el preso no sólo tiene derecho a la vida (artículo 15 CE establece la abolición de la pena de muerte), sino que también tiene el derecho a que la Administración, dentro de lo posible, la proteja. No le es indiferente el desarrollo de su vida y de su personalidad, sino que tiene un interés legítimo, que es derecho-deber de que el cumplimiento de la

[5] LÓPEZ MELERO, M. Los derechos fundamentales de los presos y su reinserción social. Tesis doctoral-2011, p. 200.

pena se realice de tal manera que la orientación a la que se refiere la Constitución, la LOGP y la propia LO del Poder Judicial, se cumpla.[6]

La labor fundamental, que asignan la Constitución Española y la ley Orgánica General Penitenciaria al sistema penitenciario, consiste en garantizar el cumplimiento de las penas impuestas por los jueces, asegurar la custodia de los reclusos y proteger su integridad física. Ahora bien, este derecho a la vida va unido indisolublemente al derecho a la dignidad del penado, produciéndose situaciones sobre las que se han posicionado nuestros Altos Tribunales.

Debe destacarse, por lo polémica, la Sentencia en materia penitenciaria dicada por el TC que abordó, la alimentación forzosa de un numeroso grupo de presos perteneciente al grupo terrorista GRAPO que habían iniciado una huelga de hambre con la que pretendían conseguir determinadas reivindicaciones.

Se suscitó el problema de la posibilidad o no, de proceder a una alimentación forzosa por parte de la Administración penitenciaria en los supuestos que se considerara que peligraba la vida de dichos presos, sobre la base de la obligación por parte de la Administración de velar por la vida, integridad y salud de los internos. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 120/1990 sentó las bases de la no consideración de que el art. 15 de la Constitución garantizara "el derecho a la propia muerte", concluyendo que carecía de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva contraviniera ese derecho constitucional inexistente, pues el derecho a la vida tiene "un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte". El derecho a la vida

> "no incluye el derecho a prescindir de la propia vida, ni es constitucionalmente exigible a la Administración penitenciaria que se abstenga de prestar una asistencia médica que, precisamente, va dirigida a salvaguardar el bien de la vida que el art. 15 CE protege",

y refería que con

> "el cumplimiento de ese deber del Estado no se degrada el derecho a la integridad física y moral de los reclusos, pues la restricción que al mismo constituye la asistencia médica obligatoria se conecta causalmente con la preservación de bienes tutelados por la CE y, entre ellos, el de la vida que, en su dimensión objetiva, es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional y supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible".

[6] RUÍZ VADILLO, E. La sociedad y el mundo penitenciario, la protección de los derechos fundamentales en la cárcel. Eguzkilore, nº. 13-1999, p. 215.

De la misma forma no estimó el TC que se hubiera producido un trato inhumano o degradante ni que el hecho de aplicar tratamiento médico pudiera calificarse como tortura, y ello sobre la base de que la autorización médica no iba dirigida

> "a infligir padecimientos físicos o psíquicos ni a provocar daños en la integridad de quien sea sometido a ellos, sino a evitar, mientras médicamente sea posible, los efectos irreversibles de la inanición voluntaria, sirviendo, en su caso, de paliativo o lenitivo de su nocividad para el organismo".

A dicha sentencia se le formularon dos votos particulares en los que sin dejar de poner de manifiesto la "situación límite" en cuestión, apuntaban el mismo grado de voluntariedad en la recepción de un tratamiento médico y sanitario por parte del recluso que el que tendría una persona en libertad, así, en el primero se decía que

> "la obligación de la Administración Penitenciaria de velar por la vida y la salud de los internos no puede ser entendida como justificativa del establecimiento de un límite adicional a los derechos del penado, el cual, en relación a su vida y salud y como enfermo, goza de los mismos derechos y libertades que cualquier otro ciudadano, y por ello ha de reconocérsele el mismo grado de voluntariedad en relación con la asistencia médica y sanitaria".

Este mismo planteamiento fue seguido en las SSTC 137/1990, 11/1991 y 67/1991.

Cabe destacar la STC 48/1996 en la que se estimó el amparo interpuesto por un recluso sobre la base del derecho del recurrente a la vida y a la integridad física.

Para el Alto Tribunal, el derecho a la integridad física y moral no consiente la imposición de una asistencia médica contra la voluntad del interno, especialmente razonable a la vista de las discrepancias entre los propios especialistas sobre la operación, y así, "la decisión de permitir una agresión de esa envergadura aunque con finalidad curativa es personalísima y libérrima, formando parte inescindible de la protección de la salud como expresión del derecho a la vida". En cuanto al uso de instrumentos o medios de seguridad y sus consecuencias en la salud del recluso, la STC 35/1996 donde el recurrente alegaba los peligros que en su integridad física determinaba el alto número de placas de rayos X a las que era sometido, la desestimación de la demanda lo fue al haberse adoptado las precauciones procedentes y ser su aplicación necesaria y adecuada al fin de seguridad pretendido.[7]

[7] REVIRIEGO PICÓN, F. Los derechos de los reclusos, Tirant Lo Blanch, 2006, pp. 7-15.

IV. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

La dignidad de la persona supone la raíz de todo derecho y de todo valor jurídico, siendo ésta la premisa, dicha dignidad no encuentra reconocimiento constitucional como derecho fundamental autónomo.

La doctrina del Tribunal Constitucional se refiere a ella como fundamento último de otros derechos fundamentales. Es difícil encontrar en la doctrina constitucional un pronunciamiento que encuentre su ratio *decidendi* en el concepto de dignidad humana, pues en casi todas las ocasiones la decisión del Tribunal Constitucional se basa en la consideración del derecho fundamental singular que se encuentra en juego, como pueda ser la igualdad, la prohibición de discriminación, la integridad física, la prohibición de tratos inhumanos o degradantes, la libertad religiosa, el honor, la intimidad…, respecto del que el Tribunal Constitucional afirme que es emanación de la dignidad humana. Así precisa que no existe una plena identificación entre derechos fundamentales y dignidad personal, ni que toda restricción de los derechos fundamentales de la persona suponga un ataque a su dignidad:

> "… la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes sean, junto con el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, «fundamento del orden político y de la paz social», no significa ni que todo derecho le sea inherente -y por ello inviolable- ni que los que se califican de fundamentales sean *in toto* condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad. Piénsese, precisamente, en la restricción de la libertad ambulatoria y conexas que padecen quienes son condenados a una pena privativa de libertad" (STC 120/1990, de 27 de junio).

El Tribunal Constitucional configura la dignidad humana como un límite a las injerencias ajenas al afirmar que

> "…la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona" (STC 57/1994, de 28 de febrero).

Igualmente el la STC 53/1985, de 11 de abril, ha referido que

> "junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la

libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1).”[8]

V. CONCLUSIONES

Desde los postulados de BECCARIA sobre la arbitrariedad y crueldad de las leyes penales hace más de doscientos, años en su obra “De los delitos y las penas” donde se propugnaban como fin de las penas, no tanto castigar al delincuente porque obró mal, sino más bien anunciar el terror a los otros hombres para así disuadirlos de llegaran a cometer delitos, tales principios penales siguen estando presentes en el actual derecho penal.

Señaló BECCARIA que más que la pena merecida, habrá que buscar la pena eficaz o útil desde el punto de vista preventivo y ejemplificador.

En el ámbito penitenciario se busca hoy día la humanización de las penas, surgiendo así el reconocimiento de los derechos fundamentales para los reclusos, y alternativas a la prisión, introduciéndose como objetivos esenciales la reeducación y reinserción del penado para que una vez sea libre, pueda llevar una vida normal en sociedad, así como la necesidad del establecimiento de una normativa de convivencia que permitan garantizar el desarrollo y la estabilidad de la vida en prisión.

El condenado a prisión está privado de libertad, pero ello no supone que el castigo abarque al resto de derechos que reconoce a toda persona nuestra Carta Magna, por tal motivo deberán recibir un trato justo y humano, debiendo la Administración garantizar el respeto a la persona reclusa y en consecuencia a los derechos y libertades de ámbito personal de los que son titulares, entre los que se incluyen el derecho a la vida y la integridad personal de los mismos, habiendo sido sin duda el Tribunal Constitucional con la extensa jurisprudencia emitida, quien ha desempeñado un importantísimo papel en la defensa y protección de tales derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA REIJA, M. Libertad condicional anticipada por enfermedad grave e incurable.

LÓPEZ MELERO, M. Los derechos fundamentales de los presos y su reinserción social. Tesis doctoral-2011

DAUNIS RODRIGUEZ, A. La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español (julio de 2013).

[8] JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G/ DE LA CUEVA ALEU, I. La dignidad humana en la jurisprudencia constitucional española. IX Encuentro de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal. Madrid-Roma 2007. Enlace en: http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Paginas/artic046.aspx

REVIRIEGO PICÓN, F. Los derechos de los reclusos. Tiran Lo Blanch(2006).

LÓPEZ MELERO, M. Los derechos fundamentales de los presos y su reinserción social. Tesis doctoral-2011.

RUÍZ VADILLO, E., La sociedad y el mundo penitenciario, la protección de los derechos fundamentales en la cárcel. Eguzkilore, nº. 13, 1999.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G/ DE LA CUEVA ALEU, I**.** La dignidad humana en la jurisprudencia constitucional española**.** IX Encuentro de los Tribunales Constitucionales de España, Italia y Portugal. Madrid-Roma 2007.

La jurisprudencia citada puede encontrarse en: http://hj.tribunalconstitucional.es/

*** * * * * ***

Prof. Marta Escudero Muñoz

Profesora Asociada, Univ. Carlos III de Madrid, España. Criminóloga. Fiscal sustituta adscrita a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Socia de la FICP.

~Aplicación de la libertad condicional a los penados por delitos terroristas~

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo voy a tratar sobre la aplicación de la libertad condicional a los penados por delitos relacionados con el terrorismo. Para ello, primero, pondré de relieve las modificaciones realizadas por la Ley 2/15 de 30 de marzo en materia de delitos terroristas, después veremos si hay modificaciones relevantes en relación a los requisitos que necesitan los penados por estos delitos para la obtención de la libertad condicional y, por último, haré una reflexión sobre la aplicación retroactiva o no de la LO 1/15 de 30 de marzo a los penados condenados que interesen la libertad condicional después del 1 de julio de 2015 (fecha de entrada en vigor de ésta última Ley).

II. MODIFICACIÓN LEGISLATIVA DE LOS DELITOS RELACIONADOS CON EL TERRORISMO

Conforme al Preámbulo de la Ley Orgánica 2/15 de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, en materia de delitos de terrorismo, el terrorismo actual se caracteriza por su vocación de expansión internacional, a través de líderes carismáticos que difunden sus mensajes y consignas por medio de internet y, especialmente, mediante el uso de redes sociales, haciendo público un mensaje de extrema crueldad que pretende provocar terror en la población en parte de ella y realizando un llamamiento a sus adeptos de todo el mundo para que cometan atentados.

El artículo 573 de LO 2/15 de 30 de marzo tipifica en delito de terrorismo: "1. Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:

1.ª Subvertir el orden constitucional, o 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 a abstenerse de hacerlo.

2.ª Alterar gravemente la paz pública.

3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior.

3. Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo".

Después de seguir un trámite parlamentario paralelo, se aprobó la LO 2/2015, publicada en el BOE de 31 de marzo, que entró en vigor el 1 de julio de 2015, siendo necesario hacer referencia a la misma, dado que existen modificaciones importantes y ampliaciones en relación a la autoria, pues pretende combatir singularmente el terrorismo yihadista, el cual, como señala la Exposición de Motivos de la norma, se caracteriza por haber incorporado nuevas formas de agresión, consistentes en nuevos instrumentos de captación, adiestramiento o adoctrinamiento en el odio, para emplearlos de manera cruel contra todos aquellos que, en su ideario extremista y violento, sean calificados como enemigos. Los penados que se encuentren cumpliendo condena con delitos terroristas se les aplica un tratamiento distinto como veremos a continuación.

Siguiendo la Exposición de Motivos de la LO 2/15, que reproduce el Preámbulo de la Proposición de Ley aprobado por el Senado el día 23 de marzo de 2015, podemos decir que la reforma supone una amplia modificación del capítulo VII del título XXII del libro II del CP "De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo".

Este capítulo se divide en dos secciones y comprende los artículos 571 a 580.

La sección 1.ª lleva por rúbrica «De las organizaciones y grupos terroristas» y mantiene la misma lógica punitiva que la regulación vigente, estableciendo la definición

de organización o grupo terrorista y la pena que corresponde a quienes promueven, constituyen, organizan o dirigen estos grupos o a quienes se integran en ellos.

La sección 2.ª lleva por rúbrica «De los delitos de terrorismo» y comienza con una nueva definición de delito de terrorismo en el artículo 573 que se inspira en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, de lucha contra el terrorismo, modificada por la Decisión Marco, de 28 de noviembre de 2008.

La definición establece que la comisión de cualquier delito grave contra los bienes jurídicos que se enumeran en el apartado 1 constituye delito de terrorismo cuando se lleve a cabo con alguna de las finalidades que se especifican en el mismo artículo: 1.ª Subvertir el orden constitucional, o 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 a abstenerse de hacerlo; 2.ª Alterar gravemente la paz pública; 3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional; 4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

El artículo 573 bis establece la pena que corresponde a cada delito de terrorismo, partiendo de que si se causa la muerte de una persona se aplicará la pena de prisión por el tiempo máximo previsto en el Código Penal. Esta remisión hace que sea posible, en estos casos, la imposición de la prisión permanente revisable recogida en la reforma del Código Penal operada por LO 1/2015, a pesar de que sobre este punto no hubo acuerdo entre las fuerzas políticas y por ello no se ha hecho mención expresa a esta pena en el texto objeto de este análisis (1).

En el resto de supuestos, las penas aumentan considerablemente. Así, en los secuestros, si no se da razón del paradero de la persona desaparecida, la prisión será de 20 a 25 años (antes de 20 a 30); si se produjera un aborto o lesiones, de 15 a 20 años (antes de 10 a 15). Como novedad recogida por primera vez en esta Ley, se agrava la pena si la víctima es un funcionario de Prisiones, equiparándolo así a los agentes policiales y a los militares.

El artículo 574 establece la tipificación de todas aquellas conductas relacionadas con el depósito de armas y explosivos, su fabricación, tráfico, suministro o la mera colocación o empleo de los mismos, cuando se persigan las finalidades enumeradas en el artículo 573.1. Se recoge de manera particular la agravación de la pena (de 10 a 20

años de prisión) cuando se trate de armas, sustancias o aparatos nucleares, radiológicos, químicos o biológicos, o cualesquiera otros de similar potencia destructiva.

El artículo 575 tipifica el adoctrinamiento y el adiestramiento militar o de combate o en el manejo de toda clase de armas y explosivos, incluyendo expresamente el adoctrinamiento y adiestramiento pasivo, con especial mención al que se realiza a través de Internet o de servicios de comunicación accesibles al público, que exige, para ser considerado delito, una nota de habitualidad y un elemento finalista que no es otro que estar dirigido a incorporarse a una organización terrorista, colaborar con ella o perseguir sus fines. También se tipifica en este precepto el fenómeno de los combatientes terroristas extranjeros, esto es, quienes para integrarse o colaborar con una organización terrorista o para cometer un delito de terrorismo se desplacen al extranjero. Todas estas conductas se castigarán con una pena de 2 a 5 años.

El artículo 576 establece la pena básica de prisión de 5 a 10 años y multa del triple al quíntuplo de su valor para las conductas relacionadas con la financiación del terrorismo incluyendo a quien, por cualquier medio, directa o indirectamente, recabe, adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este capítulo. La tipificación incluye las formas imprudentes de comisión del delito, como la negligente omisión de los deberes emanados de la normativa sobre blanqueo de capitales y prevención de la financiación del terrorismo. Se prevé, además, la responsabilidad penal para las personas jurídicas por estos delitos.

El artículo 577 recoge la tipificación y sanción (prisión de 5 a 10 años y multa de 18 a 24 meses) de las formas de colaboración con organizaciones o grupos terroristas o que estén dirigidas a cometer un delito de terrorismo. Se contemplan específicamente las acciones de captación y reclutamiento al servicio de organizaciones o fines terroristas, agravando la pena cuando se dirigen a menores o a personas necesitadas de especial protección o a mujeres víctimas de trata.

En los artículos 578 y 579 se castiga con prisión de 1 a 3 años y multa de12 a 28 meses el enaltecimiento o justificación públicos del terrorismo, los actos de descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas, así como la difusión de mensajes o consignas para incitar a otros a la comisión de delitos de terrorismo. La pena se agrava en el supuesto en que se cometan mediante la difusión de servicios o contenidos

accesibles al público a través de medios de comunicación, Internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información, articulando, además, la posibilidad de que los jueces pueden acordar como medida cautelar la retirada de estos contenidos.

El artículo 579 bis incorpora, siempre que se den las circunstancias enumeradas en dicho precepto, las penas de inhabilitación absoluta y la novedosa pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en los ámbitos docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia. Se prevé la posibilidad de atenuación de la pena a quienes hayan abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y colaboren con las autoridades y también en el caso de que el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

El artículo 580 prevé en relación a la perseguibilidad, que los delitos de terrorismo serán perseguibles en España siempre que el culpable sea español, resida habitualmente en territorio español o se encuentre en España, con independencia de que sean o no punibles en el lugar de ejecución. Asimismo, se contempla que, en todos los delitos de terrorismo, la condena de un Juez o Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia.

Al condenado a prisión por uno o más delitos de terrorismo se le impondrá, además, la medida de libertad vigilada de 5 a 10 años, y de uno a 5 años si la pena privativa de libertad fuera menos grave. En cualquier caso, y aunque se trate de un delito que no sea grave y el condenado hubiere delinquido por primera vez, el juez podrá imponerla atendiendo a la peligrosidad del sujeto.

Como novedad cabe destacar que el juez podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos. Subsidiariamente podrá ordenar a los responsables de los servidores que retiren los contenidos ilícitos y a los buscadores que supriman enlaces que apunten a ellos. Esta medida, que tendrá que ser siempre proporcional a la gravedad del delito, podrá ser acordada por el juez de forma cautelar durante la instrucción de un caso.

En relación a la suspensión de la pena de prisión permanente revisable en caso de delitos de terrorismo, se establecen requisitos especiales que son los siguientes: a) que el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista, b) que haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir otros delitos por parte de la organización terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

Para que pueda suspenderse la pena en el caso de prisión permanente revisable será necesario acreditar: 1.- Una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia; 2.- y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito; 3.- así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con la autoridades.

En relación al acceso al tercer grado, contempla una regla específica para los casos de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales que contempla como límite mínimo para el acceso al tercer grado de 24 años de prisión en los dos primeros supuestos contemplados en el artículo 92 CP/15 y de 32 años en el tercero. Y la suspensión de la ejecución del resto de la pena requerirá que el penado haya extinguido un mínimo de 28 años de prisión en los dos primeros casos y de 35 en el tercero.

III. APLICACIÓN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL A LOS PENADOS POR DELITOS TERRORISTAS

La nueva regulación mantiene, sin modificaciones, los supuestos de concesión de libertad condicional de la legislación anterior. Se introducen, sin embargo, tres modificaciones de extraordinaria relevancia a las que hace mención el Preámbulo de la LO 1/15 de 30 de marzo.

En primer lugar, se incluye un nuevo supuesto privilegiado de acceso a la libertad condicional que será aplicable a los penados primarios, es decir, a aquéllos que cumplen su primera condena en prisión, que hayan sido condenados a una pena corta de prisión. En estos casos, se adelanta la posibilidad de obtener la libertad condicional al

cumplimiento de la mitad de la condena. Esta modificación refleja el sentido general de la reforma en el sistema de penas: se introducen mecanismos e instituciones que pretenden ofrecer una respuesta contundente a los delincuentes multirreincidentes; y, de un modo coherente, se ofrecen nuevas posibilidades de obtener la libertad a los penados primarios que presentan un pronóstico favorable de reinserción.

En segundo lugar, la libertad condicional pasa a ser regulada como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena. Al contrario de lo que venía sucediendo hasta ahora, el tiempo en libertad condicional no computará como tiempo de cumplimiento de condena, sino que la concesión de la libertad condicional determinará la suspensión de la ejecución del resto de la pena durante un determinado período de tiempo: si, durante ese tiempo, el penado no reincide y cumple las condiciones impuestas, se declarará extinguida la pena pendiente de cumplimiento; por el contrario, si durante ese período de libertad condicional (o de suspensión de la ejecución del resto de la pena) comete un nuevo delito o incumple gravemente las condiciones impuestas, la libertad será revocada y deberá cumplir toda la pena que restaba. Por esta razón, el régimen de la libertad condicional pasa a estar regulado, en gran parte, por remisión a la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena.

Y, finalmente, se introduce la regulación del régimen de revisión de la prisión permanente revisable, como establece PINILLA PARMIO (2) como un supuesto de libertad condicional o de suspensión de la ejecución de la pena. Si el tribunal concede la libertad, fija un plazo de «suspensión» de la ejecución durante el cual el penado queda sujeto a condiciones: el incumplimiento de las mismas o la comisión de nuevos delitos determina –durante este período de suspensión– la revocación de la misma y el reingreso del penado en prisión. Para la revisión de la prisión se establece un doble régimen. Cumplida una parte de la condena que oscila entre veinticinco y treinta y cinco años de condena, el tribunal deberá revisar de oficio si la prisión debe ser mantenida cada dos años; y lo hará también siempre que el penado lo solicite, si bien tras la desestimación de una petición podrá fijar un plazo máximo de un año dentro del cual no se dará curso a nuevas solicitudes.

En relación a los penados por delitos relacionados con el terrorismo el artículo 90 en su apartado 8º del CP mantiene lo ya establecido en su anterior regulación estableciendo que la suspensión de la ejecución del resto de la pena impuesta y concesión de la libertad condicional requiere que:

- El penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista.
- Haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito
- Informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

Además no se aplican los apartados 2 y 3 del artículo 90 CP, debiéndose por tanto aplicar el apartado 1, que establece como requisitos para conceder la libertad condicional que el penado se encuentre clasificado en tercer grado, haya extinguido las tres cuartas partes de la pena impuesta y que haya observado buena conducta, por tanto no es posible el adelantamiento de la libertad condicional en ninguno de los supuestos y hay que tener en cuenta que en caso de que se haya impuesto la pena de prisión permanente revisable, como hemos visto, se contemplan reglas específicas.

IV. RETROACTIVIDAD O IRRETROACTIVIDAD DE LA LO 1/15 DE 30 DE MARZO EN RELACIÓN CON LA INSTRUCCIÓN DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS DE 29 DE JUNIO DE 2015

La Instrucción 4/2015 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, ha tomado partido en esta cuestión, estableciendo en la Disposición Transitoria primera, que la nueva normativa de la libertad condicional se aplicará a todos los penados a partir de la fecha de entrada en vigor de la LO 1/2015 y los que se hubieran iniciado con anterioridad a esta fecha se aplicará la anterior legislación.

La nueva regulación de la libertad condicional no es en bloque menos favorable que la anterior (UCELAY, 2015, pp. 1 y ss), pero el régimen de revocación es objetivamente más perjudicial para el penado pues la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional, que en un primer momento se contempló como excepción

únicamente aplicable a condenados por terrorismo (antiguo art. 90.3 CP), se contempla ahora como norma general para la totalidad de la población penitenciaria. Por lo tanto, el penado tendrá derecho a ser oído acerca de qué régimen de libertad condicional ex artículo 2.2 del Código penal cuando se trate de penados condenados por hechos cometidos antes de la entrada en vigor de la reforma del Código penal por la LO 1/2015.

En concreto y en relación a los penados por delitos relacionados con el terrorismo no se puede exigir la aplicación de la nueva modalidad de adelantamiento de la libertad condicional a la mitad de la condena del actual artículo 90.3 CP del Código penal y si el régimen de revocación más favorable del antiguo art. 90.3.CP, por lo que entiendo que la legislación anterior es más favorable.

V. CONCLUSIONES

La ampliación de la definición del delito terrorista establece que la comisión de cualquier delito grave contra los bienes jurídicos que se enumeran en el Código Penal constituye delito de terrorismo atendiendo a las finalidades que es especifican que son variadas y recogen los distintos supuestos en aras a que no haya un vacío legislativo, aumentándose considerablemente las penas.

Como hemos visto, la legislación nueva establecida con la LO 1/15, no varia respecto de la legislación anterior en relación a la aplicación de la libertad condicional en el caso de condenas en las que no se haya impuesto la pena de prisión permanente revisable, sin embargo, cuando se impone esta última, el régimen es mucho mas estricto para la obtención del tercer grado, requisito necesario para la libertad condicional.

En relación a la retroactividad de la ley, entiendo que aunque la petición de libertad condicional se realice a partir del 1 de julio de 2015, a los penados por delitos terroristas se les debe aplicar la legislación anterior por aplicación de lo dispuesto en el artículo 2.2 del CP, que debe prevalecer sobre la Instrucción 4/15 de Instituciones Penitenciarias.

BIBLIOGRAFÍA

(1) Diario La Ley, Nº 8511, Comentario a la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo (BOE 31 de marzo de 2015), Sección Documento on-line, 31 de Marzo de 2015, Editorial LA LEY.

(2) PINILLA PARAMIO, I, La Prisión Permanente Revisable, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2014.

(3) UCELAY, P. La libertad condicional tras la Ley Orgánica 2015, núm 63, 2015, Madrid: 1 y ss.(Versión on line http://juristadeprisiones.com/la-libertad-condicional-tras-la-ley-organica-12015).

MONTERO HERNÁNDEZ, T., Compendio de legislación y jurisprudencia penitenciaria, ECU, 2014

MORALES GARCÍA, O. (Dir.), Código Penal con jurisprudencia, Aranzadi, Madrid, 2015.

ROSAL y otros, El Código Penal (con concordancias, jurisprudencia, bibliografía y anotaciones sobre su vigencia anterior y posterior), Bosch, Barcelona, 2015.

* * * * * *

Prof. Dr. Daniel Fernández Bermejo

Prof. adjunto de Derecho y Criminología, UDIMA. Socio de la FICP.

~La naturaleza jurídica de la reinserción social. Incompatibilidad con las penas largas de prisión~

I. EL PRINCIPIO DE REINSERCIÓN SOCIAL

1. Antecedentes históricos

La finalidad reformadora[1] conectada con la privación de libertad aparece inicialmente en la Edad Moderna, en las denominadas "instituciones de corrección[2]"[3], cuyo objeto no era otro que el de reformar a mendigos y vagabundos. Sería, no obstante, a partir del siglo XIX, con la proliferación de doctrinas de la prevención especial positiva, derivadas del correccionalismo español, cuando comienza a emerger la finalidad resocializadora en las penas privativas de libertad[4], a tenor de la incorporación de las ciencias de la conducta en el campo prisional. Así, el gran DORADO MONTERO manifestaba que la intervención penitenciaria debía girar en torno a la mejora, enmienda y corrección de los condenados[5], para "tornarlos de malos en buenos, o dígase de peligrosos en no peligrosos"[6]. Por tanto, y en palabras de GARCÍA VALDÉS, "la noticia de la reforma del delincuente marca un hito en la historia penal; he aquí y así el momento: se pasa del concepto de su eliminación al de retener a la persona procurando su adaptación a la sociedad, (…). Esta idea de un sustancial cambio futuro, es lo que anima el auge de la enmienda correccional"[7].

---

[1] Vid., por todos, acerca de la ideología reformadora propia del siglo XIX en relación a las personas privadas de libertad, GARCÍA VALDÉS, C.: La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX. Madrid, 2006, pp. 11 y ss.

[2] Vid., al respecto, FERNÁNDEZ MORENO, A.: Corrección. Bilbao, 1921, *passim*.

[3] Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva. San Sebastián, 1982, pp. 41 y ss.

[4] Las penas privativas de libertad fueron introducidas por primera vez en el Código Penal de 1822, el primero de los cuerpos legales punitivos.

[5] En relación a la importancia que obtuvo la enmienda del delincuente, LARDIZÁBAL, jurisconsulto criollo español, elaboró su discurso, habida cuenta de los malos resultados que la práctica demostraba que imperaba en España respecto de la reforma de los criminales. Vid. LARDIZÁBAL Y URIBE, M.: Discurso sobre las penas. Contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma, reproducido en Revista de Estudios Penitenciarios, nº. 174, julio-septiembre, 1966, p. 181.

[6] Cfr. DORADO MONTERO, P.: El Derecho protector de los criminales. Madrid, 1915, p. 201.

[7] Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: La ideología correccional, 2006, p. 12. El autor hace hincapié en el concepto de la enmienda correccional, destacando a otros protagonistas que se pronunciaron con anterioridad sobre el mismo, Vid., entre ellos, por todos, SALILLAS, R.: Evolución penitenciaria de España, I. Madrid, 1918, p. 23; CADALSO, F.: Instituciones penitenciarias y similares en España. Madrid, 1922, pp. 164 y ss.; y más recientemente, al respecto, SANZ DELGADO, E.: El humanitarismo penitenciario

Así, desde el fin correccional, afianzado en el último tercio del siglo XVIII y característico del periodo decimonónico, asignado a la pena privativa de libertad, se evoluciona hacia el concepto actual de reinserción social del delincuente, esto es, el concepto de mínimos que supone que el penado, tras pasar por la pena, será capaz de vivir respetando la ley penal, al prójimo, y a la sociedad en general.

Desde una breve perspectiva histórica, hallamos lejanos precedentes patrios de lo que hoy constituirían incipientes modelos de intervención o asignación de modalidades de vida (casi siempre relacionadas entonces con la ocupación a desarrollar), tras el estudio individual de los penados, ya en las actividades del CORONEL MONTESINOS[8], entregado a la corrección de sus reclusos cuando ostentaba la Dirección del Presidio Correccional de Valencia, y para quien, en sus propias palabras, "perfeccionar al hombre es hacerlo más sociable: todo lo que tienda á destruir ó entorpecer su sociabilidad impedirá su mejoramiento"[9]. Medio siglo después, RAFAEL SALILLAS Y PANZANO, rescatador de su figura y realizaciones, abundaba en la atención singularizada del penado y en los procesos individualizadores, reivindicándolos y, desde sus responsabilidades e iniciativas en la institución, rompía con los moldes establecidos, impulsando las aspiraciones de la Criminología clínica en el sistema tutelar que, de su mano, marcaba un definitivo punto de inflexión, insertado en el revolucionario Real Decreto de 18 de mayo de 1903[10]. Un diseño normativo apuntalado con la formación de los profesionales penitenciarios, bajo aquel mismo prisma pre-tratamental, a través de la Escuela de Criminología[11]. Desde allí se impulsaba un modelo científico de tratamiento

español del siglo XIX. Madrid, 2003, pp. 45 y ss.; y, en relación a las conexiones con la reclusión provisional o preventiva, el mismo: Las viejas cárceles: Evolución de las garantías regimentales, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo LVI, 2004, pp. 261 y ss.

[8] Acerca de la figura y obra de este gran protagonista, Vid., por todos, SANZ DELGADO, E.: El humanitarismo, 2003, pp. 168-186; el mismo.: Los orígenes del sistema penitenciario español: Abadía y Montesinos, en Marginalidad, cárceles, las "otras" creencias: primeros desarrollos jurídicos de la "Pepa". Cádiz, 2008, pp. 117-159.

[9] Cfr. MONTESINOS, M.: Reflecsiones sobre la organización del Presidio de Valencia. Reforma de la Dirección General del Ramo, y sistema económico del mismo. Valencia, 1846. Reproducido por la Revista de Estudios Penitenciarios (Homenaje al Coronel Montesinos), nº 159, octubre-diciembre, 1962, p. 290.

[10] Sobre el innovador Real Decreto de 1903, Vid., por todos, SANZ DELGADO, E.: El humanitarismo, 2003, pp. 274 y ss.; el mismo: Dos modelos penitenciarios y divergentes: Cadalso y Salillas, en Revista de Estudios penitenciarios, Extra 2006, pp. 202-206; el mismo: Rafael Salillas y Panzano penitenciarista, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo LXV, 2013, pp. 164 y ss.

[11] Acerca de esta Escuela, Vid., entre otros, SALILLAS, R.: Alegato de D. Rafael Salillas. Principios a que obedece y ha de obedecer la organización del Cuerpo de empleados de Establecimientos penales, en Revista Penitenciaria, Tomo III, 1906, pp. 95 y ss.; el mismo: El año penitenciario 1907, en Revista penitenciaria. Año V, Tomo V, Madrid, 1908., pp. 30 y ss.; CASTEJÓN, F.: La Legislación penitenciaria española. Ensayo de sistematización comprende desde el Fuero Juzgo hasta hoy, Madrid, 1914, pp. 78 y

que, atendiendo a la especificidad de cada penado, perseguía su readaptación, y ello haciendo uso declarado de la Criminología como ciencia, así como de las ciencias de la conducta en el desarrollo y ejecución de las penas privativas de libertad. Así pues, del concepto de corrección tradicional, de la mano de la tradición católica, se evoluciona hacia el de reforma, y de ahí hasta el concepto actual de resocialización.

2. La reinserción social en la Constitución española

La propia Exposición de Motivos de la ley que desarrolló nuestra Carta Magna, incorporaba en su contenido una premisa que no iba a pasar desapercibida con el transcurso de los años, y es que tal y como disponía, "las prisiones son un mal necesario y, no obstante la indiscutible crisis de las penas privativas de libertad, previsiblemente habrán de seguirlo siendo por mucho tiempo[12].

En este sentido, la Constitución Española, aprobada el 31 de octubre de 1978, ratificada por el pueblo español el 6 de diciembre, promulgada por el Rey el 27 de diciembre, y publicada y con entrada en vigor el 29 de diciembre del mismo año, en el Título I ("De los Derechos y Deberes fundamentales"), Capítulo II ("Derechos y Libertades"), Sección 1ª ("De los Derechos fundamentales y de las Libertades públicas"), 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 y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad". Lo dispuesto en

---

ss.; CADALSO, F.: Instituciones penitenciarias y similares en España. Madrid, 1922, pp. 827 y ss.; el mismo: La actuación del directorio militar en el ramo de prisiones. Madrid, 1924, pp. 36 y 37; ANTÓN ONECA, J.: Don Rafael Salillas, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXVII, Fascículo II, mayo-agosto, 1974, p. 210; GARRIDO GUZMÁN, L.: Manual de Ciencia Penitenciaria, Madrid, 1983, pp. 165 y ss.; SANZ DELGADO, E.: El humanitarismo, 2003, p. 274, nota; el mismo: en Revista de Estudios penitenciarios, Extra 2006, pp. 208-211; RAMOS VÁZQUEZ, I.: La Corrección del Delincuente. Orígenes del sistema penitenciario español (siglos XIX-XX), Madrid, 2012, pp. 351 y ss.; FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: La Escuela de Criminología y el Centro de Estudios Criminológicos del Perú, en Ius Puniendi, nº 2, 2015, pp. 493 y sigs.

[12] Cfr. Proyecto de Ley General Penitenciaria. Exposición de Motivos. Boletín Oficial de las Cortes, nº. 148, de 15 de septiembre de 1978. En un sentido similar, LANDROVE cataloga a la pena como una amarga necesidad. Vid. LANDROVE DÍAZ, G.: Las consecuencias jurídicas del delito. Barcelona, 2005, p. 17.

este precepto garantiza el reconocimiento de los derechos fundamentales a los condenados a pena privativa de libertad y medida de seguridad, a excepción de los que se hallen limitados por el fallo condenatorio, sentido de la pena, y la ley penitenciaria.

Esta norma constitucional reconoce un catálogo de derechos fundamentales a todos los ciudadanos[13]. Pudiera parecer, a tenor de la ubicación del precepto en el texto constitucional, que la reinserción social se trata de un derecho fundamental absoluto. Sin embargo, el criterio del órgano judicial intérprete de la norma constitucional, ha considerado que se trata, más bien, de un mandato conductual hacia los poderes públicos, esto es, un principio constitucional[14] orientador de la política penal y penitenciaria española. En relación a lo expuesto, PECES-BARBA, considerado uno de los padres de la Constitución Española de 1978, expuso que los derechos fundamentales son "aquellas dimensiones básicas de la vida del hombre en sociedad, bienes de primordial importancia en los que el Derecho actúa a través de la atribución de un derecho subjetivo a los individuos en el marco de la satisfacción de necesidades fundamentales de la condición humana"[15]. No obstante, considerar que todos los derechos fundamentales consagrados en la Constitución deben de ser satisfechos y garantizados por el Estado, implicaría vaciar el catálogo[16] de derechos fundamentales constitucionales en un Estado Social, Democrático y de Derecho.

No podemos relegar a un segundo plano que gran parte de la doctrina científica ha identificado el concepto de reinserción social con el de resocialización y de prevención especial[17] positiva[18], y no negativa[19]. Sin embargo, nuestra Constitución Española no se

[13] Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: Derecho y Derechos fundamentales. Madrid, 1993, pp. 323 y 324.

[14] Vid., sentencias del Tribunal Constitucional, 2/1987 y 29/1988, que en relación a este principio, han manifestado que "no debe desconocerse la importancia del principio constitucional en él contenido".

[15] Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: Derecho, 1993, p. 323.

[16] Vid. ZAPICO BARBEITO, M., ¿Un derecho fundamental a la reinserción social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 de la CE, en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº 13, 2009, p. 933.

[17] Sin entrar en el análisis relativo al concepto y fin de la prevención especial en las penas, es destacable el estudio practicado por VON LISZT, que recalca su articulación a través de la corrección, intimidación e inocuización de los delincuentes. Vid. VON LISZT, F.: La idea de fin en el Derecho Penal, traducción de Pérez del Valle, Granada, 1995, pp. 80 y ss. Así mismo, Vid., también, entre otros, ANTÓN ONECA, J.: Derecho penal, Parte General, 2ª ed., anotada y puesta al día por Hernández Guijarro, J. y Beneytez Merino, L. Madrid, 1986, pp. 49-51; CEREZO MIR, J.: Curso de derecho penal español. Parte general, I, 5ª ed., Madrid, 1996, p. 22; MAPELLI CAFFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, J.: Las consecuencias jurídicas del delito, 3ª ed., Madrid, 1996, p. 39; MIR PUIG, S.: Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método. Montevideo, 2002, p. 246. Sin embargo, en contra de esta relación directa de conceptos, Vid. MUÑOZ CONDE, F.: La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito, en Cuadernos de Política Criminal, nº 7/1979, p. 92.

decanta por la prevención especial como fin de la pena exclusivo[20], como tampoco le otorga un carácter prioritario o preferente[21], ya que únicamente le atribuye el carácter de ser uno de los diversos fines que se han de tener en cuenta para orientar la regulación de las penas[22]. En cualquier caso, como certero se manifiesta GARCÍA VALDÉS, "a nadie se le enseña a vivir en sociedad si se le aparta de ella"[23].

Conforme al Diccionario de la Real Academia Española, resocializar significa "promover las condiciones sociales que, independientemente de las relaciones con el Estado, favorezcan en los seres humanos el desarrollo integral de su persona"; o lo que es lo mismo, implica volver a socializar[24], promoviendo y removiendo los obstáculos para que puedan conseguirse las condiciones propicias inherentes al desarrollo integral de la persona, incorporando a un individuo en la sociedad[25]. Desde este prisma, BUENO ARÚS considera que el modelo resocializador español no dista en exceso respecto del modelo socializador establecido para la ciudadanía en general, el cual se basa en el respeto de los derechos fundamentales y el desarrollo integral de la personalidad[26]. Por

---

[18] En relación a la simetría existente entre reeducación y reinserción social, resocialización, y prevención especial, Vid. BOIX REIG, J.: Significación jurídico-penal del artículo 25.2 de la Constitución (La reeducación y reinserción social del condenado), en Escritos Penales, Universidad de Valencia, 1979, p. 114; o BUENO ARÚS, F.: Los fines de la pena y la pena de prisión en Beccaria y en la política criminal española contemporánea, en Cuadernos de Política Criminal, nº 38, 1989, p. 307. El autor se muestra partidario de la relación que mantiene la resocialización con la prevención especial positiva, Vid. BUENO ARÚS, F.: La resocialización del delincuente adulto normal desde la perspectiva del Derecho Penitenciario, en Actualidad Penal, nº 5, 1987, p. 235.

[19] Contrarios a la idea de mantener cierta relación entre el concepto de resocialización con el de prevención especial, hallamos, entre otros, MAPELLI CAFFARENA, B.: Principios fundamentales del sistema penitenciario español. Barcelona, 1983, pp. 140 y ss.

[20] Así, Vid., los autos el Tribunal Constitucional, 303/1986; 780/1986; 1112/1988; 106/1997; y las sentencias 28/1988; 150/1991; 55/1996; 112/1996; 2/1997; 81/1997; 109/2000; 120/2000.

[21] A modo de ejemplo, Vid., SSTC 161/1997; 234/1997.

[22] Pragmático se muestra MAPELLI cuando expone que "el legislador constitucional ha evitado el término resocialización porque no era su intención orientar la pena privativa de libertad a la prevención especial. Tradicionalmente se ha entendido que el concepto de prevención especial está integrado por tres elementos: intimidación, inocuización y resocialización". Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: Principios fundamentales, 1983, pp. 140 y 141. En esta línea, el autor defiende la postura de que en la finalidad resocializadora se conjugan diversas finalidades de la pena, por lo que realmente, podría hacerse alusión a una suerte de devaluación del artículo 25.2 constitucional. Vid., también, TÉLLEZ AGUILERA, A.: Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico. Madrid, 1998, pp. 36 y 37.

[23] Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: La reforma de las cárceles. Madrid 1978, p. 17.

[24] Vid. FERNÁNDEZ ARTIACH, P.: El trabajo de los internos en establecimientos penitenciarios. Valencia, 2006, p. 78.

[25] Una definición válida del concepto de reinserción social nos la ofrece BUENO ARÚS, catalogándolo como una "segunda socialización". Cfr. BUENO ARÚS, F.: en Actualidad Penal, nº 5, 1987, pp. 233 y 235; o como con acierto afirma MAPELLI, "volver a meter una cosa en otra (…), siendo un proceso de introducción del individuo en la sociedad, ya no se trata como en el caso de la reeducación de facilitarle ese aprendizaje para que sepa reaccionar debidamente en el momento en que se produzca la liberación". Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: Principios fundamentales, 1983, p. 151.

[26] Vid. BUENO ARÚS, F.: A propósito de la reinserción social del delincuente, en Cuadernos de Política Criminal, nº. 25, 1985, pp. 65 y ss.

tal motivo, no tendría sentido buscar contradicciones en el fenómeno resocializador en un Estado Social y Democrático de Derecho promovido por la Constitución Española, remitiendo la cuestión de legitimidad de la intervención resocializadora a los métodos empleados y el respeto de la libertad individual del condenado[27].

La reinserción social contiene prácticamente dos exigencias[28], a saber, que las penas no sean de excesiva duración, de modo que pueda transformar la finalidad constitucional en ilusoria[29], o incluso que aniquile a la persona[30]; y por otra parte, que se fomente en todo caso el contacto del individuo con la sociedad en la que deberá integrarse algún día.

El debate acerca de la reinserción social no ha resultado ser una cuestión baladí[31]. Cierto sector doctrinal[32] ha defendido la tesis de que el fin que deben perseguir las instituciones penitenciarias, cumpliendo con la orientación que el texto constitucional dirige al legislador penal y penitenciario, debe ceñirse a la consecución de la no desocialización[33], y no a la resocialización, considerando a ésta incluso como un

---

[27] Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria, en Papers de estudis i formació, nº 12, diciembre 1993, apto. IV.

[28] Vid. CID MOLINÉ, J.: Derecho a la reinserción social. Consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos, en Jueces para la Democracia, nº 32, 1998, p. 39.

[29] Vid., en este sentido, MAPELLI CAFFARENA, B./TERRADILLOS BASOCO, J.: Las consecuencias jurídicas, 1996, pp. 69-71.

[30] Vid. GIMBERNART ORDEIG, E.: Prólogo a Carlos García Valdés, en GARCÍA VALDÉS, C.: Régimen penitenciario en España. Investigación histórica y sistemática. Madrid, 1975, p. 30.

[31] Vid. ZAPICO BARBEITO, M.: en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº 13, 2009, p. 922.

[32] Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 32, Fasc/Mes, 3, 1979, p. 93; MUÑOZ CONDE, F.: Resocialización y tratamiento del delincuente en los establecimientos penitenciarios españoles, en La reforma penal, Madrid, 1982, p. 118; el mismo: La cárcel como problema: análisis y crítica de una realidad, en I Jornadas Penitenciarias andaluzas, Sevilla, 1983, pp. 94 y 104; DE LA MORENA VICENTE, E.: Situación y desarrollo de la normativa laboral penitenciaria, en Normativa Laboral Penitenciaria. Situación y desarrollo, I Jornadas de Trabajo del Organismo Autónomo "Trabajos Penitenciarios", Madrid, 1982, p. 76; MIR PUIG, S.: Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Barcelona, 1994, p. 41. De abandono de la resocialización, manifestando que se está procediendo a una neutralización de la resocialización, Vid. CORRECHER MIRA, J.: Nuevas perspectivas en la ejecución de la pena privativa de libertad: La privatización de las prisiones, en Estudios Penales y Criminológicos, Vol. 34, pp. 346 y ss., 363 y ss.

[33] Destacando los efectos desocializadores, y no resocializadores, que emana de la privación de libertad, y confirmando la gran dificultad de su consecución, Vid. RÍOS MARTÍN, J.C.: Cárcel y Derechos Humanos, en BALADO, D./GARCÍA REGUEIRO, J.A. (Dir.): La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario, Barcelona, 1998, pp. 615-622; el mismo: Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel. Madrid, 2009, pp. 85 y 86; MUÑOZ CONDE, F.: en La reforma penal, 1982, p. 107; el mismo: en Cuadernos de Política Criminal, nº 7/1979, pp. 96 y 97, 387 y 390; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 32, Fasc/Mes, 3, 1979, p. 250; el mismo: Funciones y fines de las Instituciones Penitenciarias, en VV.AA.: Comentarios a la legislación penal, T. 6, Vol. I. Madrid, 1997, pp. 30 y 31; BAJO FERNÁNDEZ, M.: Tratamiento penitenciario y concepción de la pena, en Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez Vitoria.

desiderátum[34], utopía[35] o una mitología[36], siendo suficiente solamente el hecho de que no salgan reclusos de los establecimientos penitenciarios peor de como ingresaron, o lo que es lo mismo, que no acaben prisionizados[37], para lo cual, consideran que podrían plantearse seriamente medidas que sustituyeran totalmente a la prisión[38]. Así, el

---

T. I. Barcelona, 1983, p. 39; MANZANOS BILBAO, C.: Reproducción de lo carcelario: el caso de las ideologías resocializadoras, en VV.AA.: Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales, Tercera Ponencia: Resolución y tratamiento penitenciario: sus posibilidades y sus límites. Barcelona, 1994, pp. 127 y ss.; TAMARIT SUMALLA, J.M./GARCÍA ALBERO, R./SAPENA GRAU, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.: Curso de Derecho Penitenciario, Valencia, 2001, pp. 33 y 34.

[34] Acerca de la resocialización como desiderátum, Vid. NEUMAN, E.: Aspectos penológicos, en NEUMAN, E./IRURZUN, V.J.: La sociedad carcelaria. Aspectos penológicos y sociológicos. Buenos Aires, 1977, p. 18; TAMARIT SUMALLA, J.M./GARCÍA ALBERO, R./SAPENA GRAU, F./RODRÍGUEZ PUERTA, M.: Curso de Derecho Penitenciario, 2001, p. 34; DÍEZ PICAZO, L.M.: Sistema de derechos fundamentales. Madrid, 2003, p. 302. Sin embargo, no puede considerarse un desiderátum porque entonces la finalidad constitucional quedaría vacía de contenido, aspecto que no creemos que sea una práctica real, máxime cuando la ley penitenciaria persigue y reconoce la búsqueda de "desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general". En este sentido, véase el artículo 59 LOGP, definitorio del título específico del tratamiento penitenciario. Sobre el mismo, Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: Comentarios a la legislación penitenciaria española. Madrid, 1982, p. 191. No obstante, apunta DE LA CUESTA ARZAMENDI que las críticas existentes contra el ideal resocializador no pueden considerarse definitivas y suficientes como para determinar un rechazo definitivo al concepto resocializador. Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: en Papers de estudis i formació, nº 12, diciembre 1993, apto. IV. Y es que, como afirmaba Bueno Arús, en relación a la referencia mitológica que cierto sector doctrinal defiende, afirmaba con buen tino que son muchos los mitos existentes en nuestra sociedad, los cuales incorporan "ideas que la sociedad nos impone como básicas para su existencia y desarrollo: la justicia, la libertad, la democracia, la solidaridad, (...)". Cfr. BUENO ARÚS, F.: en Cuadernos de Política Criminal, nº. 25, 1985, pp. 61 y ss. En síntesis, la reeducación puede concebirse como la nivelación de asimetrías sociales y déficits culturales, en tanto que la reinserción implica aquella disposición de medios de diversa índole, para mantener una vida digna en libertad, minimizando la posible desocialización propia de la prisión. Vid. ZAPICO BARBEITO, M., en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº 13, 2009, p. 924.

[35] Vid., entre otros, PAVARINI, M.: Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. México, 1999, p. 87; el mismo: Fuera de los muros de la cárcel: a dislocación de la obsesión correccional, en Poder y Control, nº 0, 1986, pp. 155-174; BERGALLI, R.: Los rostros ideológicos de la falsía resocializadora. El debate en España, en Doctrina Penal, nº 36. Buenos Aires, pp. 577-597.

[36] Vid. MUÑOZ CONDE, F.: en Cuadernos de Política Criminal, nº 7/1979, *passim.*

[37] Define la prisionización MAPELLI como aquella "sintomatología del aislamiento fácil de reconocer. Quien la sufre tiene desde problemas sensoriales, como pérdida de visión (ceguera de prisión) debido a los problemas de iluminación y a la falta de horizonte y de perspectivas abiertas, agarrotamiento muscular, hasta los característicos problemas psicosociales como labilidad afectiva con cambios bruscos injustificados, autoafirmación agresiva o sumisión, estados de ansiedad, pérdida de vinculación con el exterior y del interés (...)". Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: Contenido y límites de la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento), en VV.AA.: El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dtor. D. Ángel Torío López. Granada, 2000, p. 628. Acerca de este fenómeno, Vid., también, ALARCÓN BRAVO, J.: Tratamiento penitenciario, en GARRIDO GENOVÉS, V./VIDAL DEL CERRO, Mª.B.: Lecturas de pedagogía correccional, Valencia, 1987, p. 178; MANZANOS BILBAO, C.: Contribución del sistema carcelario a la marginación socio-económica familiar. Bilbao, 1991, pp. 106-124; CABRERA CABRERA, P.J.: Cárcel y exclusión, en Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, nº 35, 2002, pp. 87 y 88.

[38] En este sentido, Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: La nueva penología. Madrid, 1977. Pueden mencionarse, entre las medidas sustitutivas, la suspensión de penas configurada en el Código Penal actual; la sustitución de condenas; la pena de multa; los trabajos en beneficio de la comunidad; la potenciación de la localización permanente; y la aplicación de los medios telemáticos penitenciarios, entre otras. En sentido similar, Vid. CÓRDOBA RODA, J.: La pena y sus fines en la Constitución española de 1978, en Papers, nº 13, 1980, p. 139; MAPELLI CAFFARENA, B.: Principios fundamentales, 1983,p. 135.

Tribunal Constitucional ha manifestado, en virtud de sentencias 112/1996 y 109/2000, que "el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la Constitución, diversos mecanismos e instituciones en la legislación penitenciaria precisamente dirigidos a garantizar dicha orientación resocializadora, o al menos, no desocializadora precisamente facilitando la preparación de la vida en libertad a lo largo del cumplimiento de la condena". Es en esta tesis donde tendría cabida la exposición de ANTÓN ONECA, cuando afirmaba que "al Estado le basta con que sus súbditos discurran por el cauce de la ley y cooperen, más o menos de su grado, a los fines colectivos"[39].

Podemos afirmar que existen dos concepciones distintas, en líneas generales, acerca de la reinserción social en relación al fin de las penas[40]. Por un lado la expiación o retribución[41]; y por otro, la disuasión y prevención de la reincidencia delictiva. Dentro de esta prevención, podemos hallar la de carácter general, dirigida al colectivo de la ciudadanía, cuya finalidad no es otra que la de intimidar y amenazar a los delincuentes potenciales de las posibles infracciones penales; y la especial, encaminada al delincuente, que a su vez puede ser de índole negativa, lo que se asociaría con el fenómeno de la subcultura carcelaria, desocialización; y de carácter positivo, que consiste en el alcance de la reeducación y reinserción social o resocialización.

El Tribunal Constitucional ha venido rechazando el sentido positivo de la reinserción social en el cumplimiento de las penas privativas de libertad, inclinándose más bien, en puridad, como afirma CERVELLÓ DONDERIS, por una "no obstaculización de dichos objetivos, es decir, se trataría no tanto de conseguir la reinserción sino de no impedirla"[42]. Y es que para la autora citada, "el futuro se ha de orientar a la recuperación del espíritu resocializador de la prisión que tiene como pilares inquebrantables el fomento de alternativas, la humanidad del cumplimiento, los contactos con el exterior y una duración respetuosa con la dignidad humana"[43]. Por lo tanto, hay que tratar de evitar la creación de sociedades carcelarias, que tienden a

[39] Cfr. ANTÓN ONECA, J.: La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena. Salamanca, 1944, pp. 73 y 74.

[40] Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V.: El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social, en Presente y futuro de la Constitución española de 1978, Valencia, 2005, pp. 217-219.

[41] En este sentido, Vid., entre otros, ROXIN, C.: Derecho Penal, Parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito (traducción de D.M. LUZÓN PEÑA, y otros), Madrid 1997, pp. 81-103; QUINTERO OLIVARES, G.: Manual de Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., Pamplona, 2002, pp. 116-132; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español. Granada, 2001, pp. 87-174.

[42] Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, V.: en Presente y futuro 2005, p. 219.

[43] Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, V, en Presente y futuro 2005, p. 233.

despersonalizar a los individuos a través de las subculturas criminales[44].

En cualquier caso, para dar cumplimiento al mandato constitucional se deberá, por tanto, preparar a los penados para su futura puesta en libertad, ofreciendo todos los medios y recursos existentes por parte de la Administración, acercando y preparando a la sociedad para el futuro retorno de tales individuos, y removiendo, en todo caso, cualquier obstáculo que pudiera interponerse en tal camino resocializador. En este sentido, el Tribunal Supremo ha indicado que el fin de la reinserción social obliga directamente "al legislador y aplicador del derecho a diseñar una política penitenciaria y a la interpretación de la misma, respectivamente, que tenga en cuenta que el interno deberá retornar a la libertad y no deberá ser aislado del contexto social, lo que satisfaría la reinserción, (...)".

Finalmente, y respecto de las garantías de protección del nuclear precepto constitucional resocializador, el artículo 53.1 de nuestra Constitución establece que **"**Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)", pudiendo cualquier ciudadano recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios, mediante un procedimiento basado en los criterios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional[45]. Sin embargo, el artículo 25.2 CE, pese a reconocerse constitucionalmente con fines orientativos, no indica que sean auténticos derecho subjetivos de los condenados, hecho que impedirá recurrir, en su caso, al amparo constitucional referido[46].

---

[44] Vid. ZAPICO BARBEITO, M., en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº 13, 2009, p. 923.

[45] En este sentido, expone el artículo 161 del texto constitucional que "El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada; b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca. (...)".

[46] Acerca del recurso de inconstitucionalidad, o el de amparo, en el caso de que fuera derecho fundamental, Vid. URÍAS MARTÍNEZ, J.: El valor constitucional del mandato resocializador, en Revista Española de Derecho Constitucional, nº 63, Septiembre-Diciembre, 2001, pp. 56 y ss.

3. La reinserción social en la normativa penitenciaria vigente

No caben dudas acerca de la similitud del artículo 25.2 de nuestra Constitución Española con el espíritu del Decreto de 1968[47], que empleaba semejantes términos de "reeducación y reinserción social"[48]. Así, su Exposición de Motivos describía que respecto de dicho tratamiento, se apreciaba "la necesidad de mejorarlo en su aspecto técnico, de modo que recoja las nuevas soluciones que la Ciencia penitenciaria ofrece, aplicando métodos nuevos a los complejos problemas de reeducación y reinserción social de los delincuentes (…)". La importancia del tratamiento a raíz de la reforma de 1968 y, concretamente más aún, a partir de la LOGP, es de tal magnitud que no sólo la exposición motivadora del texto legal antepone el mismo frente al régimen, sino que además, "es el eje cardinal sobre el que gira la ejecución de la pena privativa de libertad"[49].

En España, el concepto de tratamiento resocializador, entendido no solo como un trato con un despliegue de condiciones mínimas, sino como instrumento encaminado a la resocialización de los condenados, mediante la incorporación a la actividad penitenciaria de las ciencias criminológicas y de la conducta, es un concepto relativamente moderno. También denominado tratamiento de corte rehabilitador, se encuentra hoy desprovisto de la carga positivista e invasiva de la personalidad que pudo empañar tal concepto en sus orígenes. Y se muestra hoy versátil, multidisciplinar, habiendo fértilmente evolucionado desde la idea de tratar a personas, a tratar con personas. Se es tratado por virtud del trato o del tratamiento.

Queda consolidada la idea de que existe un antes y un después a raíz de 1979[50]. La ley progresista, garantista y reinsertadora vino a constituir un estandarte para la consolidación de España como un Estado social y democrático de derecho, en armonía con el artículo 1.1 de la Constitución Española[51]. Al mismo tiempo, configuró el marco normativo específico de la ejecución de las penas privativas de libertad en España. La

[47] Decreto 162/1968, de 25 de enero, que modificaba al Reglamento Penitenciario aprobado por Decreto de 2 de marzo de 1956.

[48] Fue la reforma de 1968, al Reglamento de Servicio de Prisiones de 1956, la que incorporaba el tratamiento resocializador tal cual llega prácticamente a nuestros días, al haber definitivamente introducido la –medio siglo antes, anhelada y propuesta por Salillas- rama criminológica en la ciencia penitenciaria.

[49] Cfr. ZARAGOZA HUERTA, J.: Derecho penitenciario español. México D.F., 2007, p. 159.

[50] Vid. MARTÍNEZ ZATO, J.J.: Instituciones Penitenciarias. El recuerdo de una Experiencia Inolvidable, en Revista de Estudios Penitenciarios, núm. extra 1, 1999, pp. 45 y ss.

[51] Vid. NISTAL BURÓN, J.: 30 años de legislación penitenciaria bajo el prisma del Tribunal Constitucional. Un breve apunte, en Diario La Ley, nº 7250, septiembre, 2009.

Ley Penitenciaria ofreció un planteamiento garantista por los derechos e intereses jurídicos de los recluidos no afectados por la condena, todo lo cual posibilitó un cambio sin precedentes del mundo penitenciario en los tiempos de nuestra transición política[52]. Así pues, la LOGP, primera ley con carácter orgánico del período constitucional, aprobada por aclamación unánime, partió de la idea de que mantener a los internos alejados de la sociedad de manera absoluta no es compatible con el fin resocializador. Y es que, ya resultaba evidente que es muy difícil educar para la libertad en condiciones de no libertad[53], lo cual se conoce como prisionización, fenómeno que empeora más que corrige al interno, inculcándole lo peor de la prisión, empeorándolo, agudizando su perfeccionamiento delictivo. Para evitarlo, la Administración debía contar con todos los medios y recursos necesarios para proporcionar a los reclusos las oportunidades que precisen, depurando todos los obstáculos que se posicionen en el camino tratamental, en consonancia con lo dispuesto por los artículos 1 y 2 de la LOGP y RP, respectivamente. El concepto de reeducación, reinserción social, rehabilitación, readaptación, etc., ha dado lugar a tanta controversia doctrinal y jurisprudencial, que puede catalogarse incluso de contener cierta magnitud de ambigüedad[54].

La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica General Penitenciaria, establecía que la tarea resocializadora precisa de un régimen "encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad", de ahí "la necesidad de contar con la cooperación de las Ciencias de la Conducta para establecer el tratamiento reformador más apto para la personalidad de cada penado". Asimismo, continúa exponiendo que "el tratamiento no pretende consistir en una modificación impuesta de la personalidad del hombre, sino en una puesta a disposición del mismo de los elementos necesarios para ayudarle a vivir fecundamente su libertad. En consecuencia, será programado, individualizado y voluntario, estimulándose la colaboración personal del interno, llamado a desempeñar el papel cada vez más

[52] Sobre la situación de las prisiones en el momento de la elaboración de la Ley, Vid. GARCÍA VALDÉS, C./TRÍAS SAGNIER, J.: La Reforma de las Cárceles. Ministerio de Justicia, 1978, *passim*. Asimismo, esta apasionante experiencia se describe en GARCÍA VALDÉS, C.: A los veinte años de la Ley General Penitenciaria: Algunos recuerdos, en Revista de Estudios Penitenciarios, nº extra, 1999, pp. 31-44; el mismo: Sobre la transición política vivida (Los orígenes de la reforma penitenciaria), en Revista de Estudios Penitenciarios, Núm. Extra, 2013, pp. 51-68.

[53] Vid. FERNÁNDEZ GARCÍA, J.: Principios fundamentales de la ejecución penitenciaria, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (Coord.): Manual de Derecho Penitenciario. Salamanca, 2001, p. 135.

[54] Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 32, Fasc/Mes, 3, 1979, pp. 655 y ss.

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[55]".

Por su parte, la exposición motivadora del Reglamento Penitenciario dirigió la ejecución del tratamiento hacia "donde se encuentra el potencial más innovador para que la Administración penitenciaria pueda mejorar el cumplimiento de la misión de preparación de los reclusos para la vida en libertad que tiene encomendada (...)", poniendo mayor énfasis en "el componente resocializador más que en el concepto clínico del mismo". Por ello, esta norma optó por una concepción amplia del tratamiento, concibiendo la reinserción del interno "como un proceso de formación integral de su personalidad, dotándole de instrumentos eficientes para su propia emancipación", configurándose como un auténtico servicio público dirigido a la resocialización de los reclusos".

Si nos adentramos en el texto de la LOGP, habremos de comenzar con el definitorio artículo 59, el cual dispone que la labor de tratamiento resocializador "consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados", pretendiendo "hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin[56], se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general". El tratamiento se configura como un esfuerzo para contrarrestar la desocialización que acecha en todo encarcelamiento, diferenciándose, en su concepto, dos clases, el de pura defensa, encaminado para aquellos que no necesitan resocializarse inicialmente; y el tratamiento normal, que incide en la evitación de los efectos negativos que pueda engendrar la privación de libertad en la desocialización"[57]. Por tanto, para lograr con éxito la reinserción de los penados, es necesario plantearse los aspectos "negativos o desocializantes" que pueden producirse, y ello porque en la *praxis*, todos los problemas

[55] Al respecto, Vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: Individualización científica y Tratamiento en prisión. Madrid, 2014, pp. 501 y ss.

[56] Para COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, la definición de los fines del tratamiento del artículo 59.2 LOGP no es apropiada, pues se excede del ámbito de la conducta, entrando de lleno en el ámbito de la moral. Vid. COBO DEL ROSAL, M/VIVES ANTÓN, T.S.: Derecho penal. Parte general, I. Valencia, 1980, p. 46.

[57] Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: Individualización científica y libertad condicional. Madrid, 1984, pp. 24 y 25.

de nuestras instituciones penitenciarias se resuelven de la mano de la más estricta correcta clasificación y separación penitenciaria[58]. En este sentido, el hecho de que una persona albergue en su conciencia la posibilidad de no volver a ver la luz del sol más allá que en el espacio interior de las rejas de su celda, abandona la esperanza de poder volver a ser persona, produciendo un sufrimiento adicional a la privación de libertad, e implicando una transformación sustancial en su relación con los demás internos[59].

II. LA RESOCIALIZACIÓN COMO ORIENTACIÓN, FIN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD, O DERECHO FUNDAMENTAL

Para quien fuera un referente de la escuela clásica alemana de gran prestigio y reconocimiento internacional, VON LISZT, la pena cumple una de sus distintas funciones[60] a tenor de la clase de delincuente de que se trate. Ofrecerá una función intimidatoria, correctiva, o inocuizadora, cuando se trate de delincuentes ocasionales o racionales, delincuentes susceptibles de corrección, o habituales no susceptibles de corrección ni intimidación, respectivamente[61].

Por su parte, complementando al gran artífice autor alemán, ROXIN[62] define las fases diversas en las que aparece en escena la pena, a saber, conminación, imposición y ejecución de la misma. A excepción de la primera fase, el objetivo a cumplir no sería otro que el de la reincorporación del delincuente a la sociedad[63] a través de la

[58] En este sentido, señala el autor que "en muchos casos, la separación entre penados y preventivos esté resultando una quimera, que los criterios de clasificación posibles resulten insuficientes para evitar el influjo negativo de unos internos sobre otros, y que los grupos organizados (mafias) de internos violentos que imponen la ley del más fuerte, proliferen alarmantemente". Cfr. RODRÍGUEZ ALONSO, A.: Lecciones de derecho… op. cit., p. 324.

[59] Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: La esperanza, en RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.): Contra la cadena perpetua, Cuenca, 2016, p. 88.

[60] Acerca de los fines de las penas, Vid., entre otros, RÖDER, C.D.A.: Las doctrinas fundamentales reinantes. Sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones Ensayo crítico preparatorio para la renovación del Derecho penal. Trad. Francisco Giner. Madrid, 1876; FERRI, E.: Los nuevos horizontes del derecho y del procedimiento penal. Trad. Pérez Oliva. Madrid, 1887; GARÓFALO, R.: La Criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión. La España Moderna. Madrid, 1900; LUZÓN PEÑA, M.: Medición de la pena y sustitutivos penales. Madrid, 1979; GIMBERNART ORDEIG, E.: Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal, en Estudios de Derecho Penal, 1990; GARCÍA VALDÉS, C.: Teoría de la pena. Madrid, 1987; VON LISZT, F.: La idea del fin, 1995; FERRAJOLI, L.: Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, 1997; ROXIN, C.: Derecho penal, I, 1997; JAKOBS, G.: Sobre la teoría de la pena. Trad. Cancio Meliá, en Cuadernos de Conferencias y Artículos, nº 16, Colombia, 1998.

[61] Vid. VON LISZT, F.: La idea del fin, 1995, pp. 82 y ss.

[62] Vid. ROXIN, C.: Sentido y límites de la pena estatal, en Problemas básicos del derecho estatal, traducido por Luzón Peña. Madrid, 1976, pp. 18 y ss.

[63] En este sentido, para Zapico, la reeducación y reinserción social son fines mediatos de la pena, Vid. ZAPICO BARBEITO, M., en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº 13, 2009, p. 925, cuya esencia es la de permitir en todo caso la posibilidad de reinsertarse en la sociedad, alcanzando a través de todo un ordenamiento jurídico alentador, la prevención especial positiva, considerada como resocialización de los delincuentes.

resocialización[64].

Ahora bien, en sintonía con la aplicación del derecho penal y, por tanto, con el campo de la ejecución de condenas, GIMBERNAT realza el logro conseguido con la aplicación del derecho penal como última ratio, al afirmar que "la ejecución de las penas debe evitar todo sufrimiento inútil, es decir, que no sirva a la resocialización del delincuente; pues porque ignoramos las motivaciones y la libertad con que ha actuado el que infringe la ley penal, carecemos también de base y de justificación para reconducir la represión del delito a principios retributivos"[65].

Se ha debatido ampliamente acerca de si la reinserción social es un derecho fundamental constitucional; un fin de las penas privativas de libertad; o, si por el contrario, se trata de una mera orientación política hacia el legislador penal y penitenciario[66]. Desde una perspectiva de considerar tales principios como un derecho fundamental, parte de la doctrina considera que al haber ubicado el legislador constitucional tal directriz en la Sección primera, Capítulo segundo, del Título primero, bajo la rúbrica "De los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas", se debería catalogar a la resocialización como un auténtico derecho fundamental, reconociendo un derecho subjetivo para los condenados a penas privativas de libertad y medidas de seguridad, habida cuenta que la intención del constituyente no fue otra que la de otorgarle un plus[67] con respecto a otros derechos que no son, en puridad, fundamentales. Así, advierte CID MOLINÉ al respecto que, si el constituyente ha ubicado el precepto específicamente en el artículo 25, incorporado en un título, capítulo y sección tan

[64] Pese a que reeducación y reinserción social se ha asimilado al concepto de resocialización, ni la LOGP, ni la Constitución española han utilizado dicho término, y ello en base a una más que segura ausencia de precedentes legislativos. Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: Principios fundamentales, 1983, p. 150.

[65] Cfr. GIMBERNART ORDEIG, E.: en GARCÍA VALDÉS, C.: Régimen penitenciario, 1975, p. XIII.

[66] Acerca de la polémica doctrinal relativa a la reeducación y reinserción como fin de la pena, Vid. LAMARCA PÉREZ, C.: Régimen penitenciario y derechos fundamentales, en Estudios Penales y Criminológicos, nº 16, 1993, pp. 213 y ss. Así mismo, Vid., entre otros, BOIX REIG, J.: en Escritos Penales, 1979, pp. 107 y ss.; BUENO ARÚS, F.: Las normas penales en la Constitución española de 1978, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1979, pp. 25 y ss.; COBO DEL ROSAL, M./BOIX, J.: Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción social. Derecho penal y Constitución. Comentarios a la legislación penal y constitucional. Vol. 1, Madrid, 1982, pp. 217 y ss.; CÓRDOBA RODA, J.: en Papers, nº 13, 1980, pp. 129 y ss.; ESCRIVA GREGORI, J.M.: Algunas consideraciones sobre Derecho penal y Constitución, en Papers, nº 13, 1980, pp. 141 y ss.; SOBREMONTE MARTÍNEZ, J.E.: La Constitución y la reeducación y resocialización del delincuente, en Cuadernos de Política Criminal, nº 12, 1980, pp. 93 y ss.; GONZÁLEZ RUS, J.J.: Teoría de la pena y Constitución, en Estudios penales y criminológicos, nº 7, 1982-1983, pp. 224-280.

[67] Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: Principios fundamentales., 1983, pp. 154, 157, 165.

concreta, no puede entenderse que sea una mera orientación, sino una prescripción de la que se derivan derechos fundamentales para las personas[68]. El peso argumentativo de tal línea de pensamiento tiene su original fundamento en el trascendental principio constitucional de la dignidad humana, tipificado en el art. 10.1 CE, y que el ATC 15/1984, de 11 de enero, expuso que "no es sino un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos (...)"[69]. Sin embargo, en una posición contraria a lo expuesto, el ATC 360/1990, de 5 de octubre, manifestó que "el hecho de que el contenido normal de los preceptos situados en la Sección primera del capítulo segundo del Título I sean derechos y libertades no quiere decir que todos y cada uno de sus extremos constituyan ese tipo de instituciones jurídicas; algunos principios se han insertado en ese apartado constitucional por distintas razones, entre otras, la simple conexión temática. Lo importante para determinar la naturaleza de un enunciado constitucional no es sólo su ubicación dentro de la Norma fundamental, sino otros datos, entre los que destaca la propia estructura normativa que en cada caso posee en enunciado".

Cierto sector doctrinal[70] considera que no se trata de un derecho fundamental, considerando con mayor o menor intensidad que no todos los derechos que se incluyen en dicha sección constitucional son derechos fundamentales, al comprender cierto carácter heterogéneo[71]. Sin embargo, como mero mandato orientador dirigido al legislador, su ubicación en el texto constitucional debiera entonces haberse encontrado en el Capítulo III[72], del Título I, cuya rúbrica es "De los principios rectores de la política social y económica". En este sentido, señala el artículo 53.3 CE que estos principios "informarán la legislación positiva, la práctica jurídica y la actuación de los poderes

[68] Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: Principios fundamentales, 1983, p. 157; CID MOLINÉ, J.: en Jueces para la Democracia, nº 32, 1998, p. 40 y 41.

[69] En el mismo sentido, ATC 739/1986, de 24 de septiembre; y ATC 361/1990, de 15 de octubre.

[70] Vid., entre otros, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: Consideraciones sobre los fines, 2001, p. 37; DELGADO DEL RINCÓN, L.E.: El artículo 25.2 CE: Algunas consideraciones interpretativas sobre la reeducación y la reinserción social como fin de las penas privativas de libertad, en Revista Jurídica de Castilla y León, Núm. Extra, 1, 2004, p. 352. Así mismo, con anterioridad, Vid. SERRANO ALBERCA, J.M.: Comentario al artículo 25.2, en VV.AA.: Comentarios a la Constitución. Madrid, 2001, p. 602.

[71] Vid. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: Régimen constitucional de los derechos fundamentales, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L./DE OTTO PARDO, I.: Derechos fundamentales y Constitución, Madrid, 1988, pp. 85 y 86. En este sentido, resalta Delgado del Rincón que "estamos ante una norma de principio, esto es, ante un precepto orientador de la política penal y penitenciaria que vincula por igual a todos los poderes públicos: legislativo, ejecutivo y judicial". Cfr. DELGADO DEL RINCÓN, L.E.: en Revista Jurídica de Castilla y León, Núm. Extra, 1, 2004, p. 366.

[72] Vid. BUENO ARÚS, F.: Las reformas penitenciarias en España a la luz de los fines del derecho, en VV.AA.: Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Navarra, 2005, p. 154; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: Consideraciones sobre los fines, 2001, p. 31.

públicos"[73].

El Tribunal Constitucional se ha mantenido uniforme negando que la resocialización sea el fin primordial de las penas privativas de libertad, así como también ha negado que supongan un derecho fundamental, pese a la existencia de indicios evidentes de contradicción por este órgano judicial. Bajo esta premisa, el más alto tribunal en materia constitucional, en virtud de sentencia 19/1988, de 16 de febrero, ha manifestado que "no se sigue ni que tales fines reeducadores y resocializadores sean los únicos objetivos admisibles de la privación penal de la libertad ni, por lo mismo, que se ha de considerar contraria a la Constitución la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista". Continúa la misma que "puede aceptarse de principio que las penas cortas privativas de libertad -y las medidas a ellas asimiladas por la ley, como ésta que consideramos -se prestan con dificultad mayor a la consecución de los fines aquí designados por la Constitución, pero, con independencia de que la posible frustración de tal finalidad habría de apreciarse atendiendo tanto a la duración de cada medida concreta como a su modo de cumplimiento, ésta sola posibilidad no puede llevar a la invalidación del enunciado legal. La reeducación y la resocialización -que no descartan, como hemos dicho, otros fines válidos de la norma punitiva- han de orientar el modo de cumplimiento de las privaciones penales de libertad en la medida en que éstas se presten, principalmente por su duración, a la consecución de aquellos objetivos, pues el mandato presente en el enunciado inicial de este art. 25.2 tiene como destinatarios primeros al legislador penitenciario y a la Administración por él creada (...)". Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 120/2000, de 10 de mayo, expuso que "el art. 25.2 CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución ni, desde luego, de entre los posibles -prevención especial, retribución, reinserción, etc.- ha optado por una concreta función de la pena".

En una posición parcialmente opuesta, el Tribunal Supremo señaló, en virtud de

[73] Al respecto, en una línea que manifiesta no reconocer la resocialización como derecho fundamental, Vid.; SSTC 2/1987; SSTC 28/1988, de 23 de febrero; SSTC 150/1991, de 4 de julio; SSTC 209/1993, de 28 de junio; SSTC 55/1996, de 28 de marzo; SSTC 112/1996; SSTC 119/1996, de 8 de julio; SSTC 2/1997, de 13 de enero; 81/1997; SSTC 193/1997; SSTC 234/1997; SSTC 19/1998, de 16 de febrero; 75/1998; SSTC 79/1998, de 1 de abril; SSTC 88/1998; SSTC 109/2000; SSTC 120/2000; SSTC 8/2001; SSTC 116/2002; SSTC 115/2003; 202/2004; así como los Autos del Tribunal Constitucional, ATC 15/1984, de 11 de enero; 486/1985; 303/1986; 739/1986; 780/1986; 1112/1988; 106/1997; 219/1998. Asimismo, acerca de que no es un derecho fundamental, Vid. CASAS BAAMONDE, M.E.:/RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO FERRER, M. (Dir.).: Comentarios a la Constitución española, Madrid, 2008, p. 763.

STS de 20 de abril de 1999, que "la orientación de las penas a reinserción y reeducación ya entendida como principio inspirador de la política penitenciaria, ya como derecho que actúa en fase de ejecución de la pena, supone que el ordenamiento jurídico debe prever unas instituciones que tengan en cuenta que el interno debe reinsertarse a la sociedad, por lo que debe ser "preparado para ella y que debe atender a las deficiencias educacionales que, precisamente, inciden en su actuar delictivo, lo que satisfaría la reinserción". Así mismo, la STS de 1 de junio de 1990, dispuso que "el artículo 25.2 de la Constitución española superpone los criterios de legalidad, reinserción y resocialización a cualquier otra finalidad de la pena y sería absurdo renunciar a la consecución de estos fines cuando no existe un obstáculo legal, expreso y taxativo, que se oponga a la adopción de medidas accesorias (…). La voluntad explícita del legislador constitucional nos dice que la respuesta adecuada del sistema punitivo y sancionador tiene que ajustarse a criterios de proporcionalidad, racionalidad, individualización y resocialización (...)".

Considerar la resocialización como un derecho fundamental, tendría base sólida argumentativa al existir jurisprudencia contradictoria del propio Tribunal Constitucional. De todos modos, no puede confundirse la consideración o no de derecho fundamental con el fundamento estricto de la pena[74], ya que aquel afectaría exclusivamente a la fase de ejecución de ésta. Sin embargo, reconocer la resocialización como un derecho fundamental supondría que la pena tendría una función eminentemente resocializadora, en detrimento del equilibrio ponderado existente hoy en día, entre la prevención general y especial de las penas. Desde luego, si el único fin fuera el resocializador, cuando este se alcanzase, no tendría sentido continuar con el cumplimiento de la pena; y si un individuo se encontrase inicialmente resocializado, no tendría sentido su ingreso en prisión. Intimidación, retribución y prevención general son principios que siempre han permanecido en la sombra de la resocialización, equilibrando la balanza constitucional.

El Tribunal Supremo ha considerado que todo cumplimiento efectivo de condena superior a 30 años podría ser inconstitucional[75], ya que "no puede conseguirse, o resulta muy difícil, la consecución del mandato constitucional de resocialización cuando se

[74] Vid. COBO DEL ROSAL, M./BOIX REIG, I.: Derechos fundamentales, 1982, pp. 219 y 222-223; COBO DEL ROSAL, M./QUINTANAR DÍEZ, M.: Comentario al Artículo 25. Garantía penal, en VV.AA.: Comentarios a la Constitución española de 1978, Tomo III, Madrid, 1996, pp. 140 y 141.

[75] Al respecto, Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: Constitucionalidad de la prisión perpetua, en *Diario El País*, 117 de noviembre de 2000.

produce, en función de las circunstancias, una excesiva exasperación de las penas. La legalidad constitucional debe prevalecer sobre la ordinaria en supuestos como el que nos ocupa. El desentendimiento de la inspiración constitucional rehabilitadora y de reinserción social, llevaría a un "trato inhumano" a quien, sustraído a la mecánica normal del art. 70.2 del Código Penal, se viese abocado a una situación de privación de libertad muy superior a los treinta años. Tal intensidad supondría una privación de oportunidad reinsertadora para el sujeto, una humillación o sensación de envilecimiento superior a la que acompaña a la simple imposición de la condena, trato inhumano y degradante proscrito por el artículo 15 de la Constitución" (STS de 30 de mayo de 1992). Quizá por tal motivo, LASCURAÍN SÁNCHEZ considere que una pena tan larga como puede ser la pena de prisión permanente revisable, es inconstitucional por ser desproporcionada, inhumana, indeterminada y contraria a la orientación resocializadora de la pena[76], y básicamente, porque a partir de los veinticinco años, según el autor, no es posible reinserción social alguna[77]. En esta misma línea, considera DE LEÓN VILLALBA que "una pena que asegure al sujeto su permanencia en prisión durante un muy largo período de tiempo, normalmente, conlleva la anulación o limitación del libre desarrollo de la personalidad, convirtiendo al preso en un ser institucionalizado y sometido a una limitación permanente de todos y cada uno de los rasgos que configuran y dotan a la persona de autonomía, independencia y, en sentido estricto, de la cualidad más importante y que cualifica al ser humano, la libertad en su más amplia concepción como manifestación de la dignidad humana. En última instancia, supondrá la muerte social del individuo[78] (...)"[79]. Por tanto, y a tenor de este criterio, esta se concibe realmente como una pena democrática porque así lo determina una mera operación metemática, pero no por ello es una pena que se ajuste a derecho[80]. Y es que, como bien apunta ÁLVAREZ

[76] Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: No sólo mala: inconstitucional, en RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.): Contra la cadena perpetua, Cuenca, 2016**,** p. 119. Sin embargo, la Recomendación (2003) 23 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (Art. 1), considera penas de larga duración aquellas que suponen cinco o más años de privación de libertad.

[77] Vid. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: en RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.): Contra la cadena perpetua, 2016, p. 123. Manifestando una posición similar, Vid. ROIG TORRES, M.: La cadena perpetua: Los modelos inglés y alemán. Análisis de la STEDH de 9 de julio de 2013. La "prisión permanente revisable" a examen, en Cuadernos de Política Criminal, nº 111, 2013, p. 138.

[78] En este sentido, Vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, D. Prisión permanente "revisable": la muerte civil de los condenados, en UNIRrevista, formato electrónico, reproducido en http://revista.unir.net/3078-2014-02-20-16-03-43

[79] Cfr. DE LEÓN VILLALBA, F.J.: Prisión permanente revisable y derechos humanos, en RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.): Contra la cadena perpetua, Cuenca, 2016, p. 97.

[80] Vid. ACALE SÁNCHEZ, M.: Apuntes sobre la inconstitucionalidad de la pena de prisión permanente revisable desde la perspectiva del derecho penitenciario, en RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.): Contra la cadena perpetua, Cuenca, 2016, p. 169.

GARCÍA, "la condición del condenado a cadena perpetua, con una única esperanza de llegar a gozar de la libertad sometida a la condición de renunciar a su libertad moral, a su dignidad, convierte a esta pena en una sanción que repugna a nuestros valores y supone una utilización de la Ley como instrumento de terror"[81].

El Tribunal Supremo, mediante STS de 30 de enero de 1998, expuso que "las finalidades de reeducación y reinserción social que a las penas privativas de libertad impone el art. 25.2 de la Constitución española, tienen un alcance genérico que ha de tener en cuenta el legislador al fijar las penas aplicables a cada delito y los límites de su efectivo cumplimiento, los Juzgados y Tribunales para la aplicación de las normas penales y penitenciarias, y los órganos de la Administración correspondiente para la relativa a estas últimas; pero, en concreto, no puede servir para, salvo casos extremos, imponer unos límites a las penas legalmente impuestas que no sean los que la propia legislación positiva reconoce a la vista de la resocialización, que, como argumento esencial y prioritario se impone en virtud del art. 15 de la Constitución española que proscribe las penas o los tratos inhumanos y degradantes (...)"[82]. El Tribunal Constitucional, por su parte, ha creado jurisprudencia reiterada en el sentido de que no se puede hablar de reeducación y reinserción social como derecho fundamental y, por tanto, susceptible de protección por la vía de amparo constitucional. En virtud de ello, manifiesta en el ATC 15/1984, de 11 de enero, que se trata de "un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos, aunque, como es obvio, pueda servir de parámetro para resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes penales"[83]. Es por ello que, en la actualidad, la protección general de este principio constitucional resocializador, se lleva a cabo a través de la vía judicial ordinaria, y mediante el amparo constitucional previsto, por no considerarse, por el órgano judicial cúspide en materia constitucional, de un derecho fundamental

[81] Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: en RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.): Contra la cadena perpetua, 2016, p. 90.

[82] En la misma línea, STS de enero de 2000, declarando que cuarenta y ocho años de prisión es excesivo; STS de 7 de marzo de 2001, advirtiendo que penas tan largas no pueden dirigir de modo alguno a la prevención general, ni a la especial; STS de 7 de marzo de 2003, manifestando la extremada dificultad de conseguir la resocialización con una exasperación excesiva de las penas.

[83] Con anterioridad, creando constante y reiterada jurisprudencia, Vid., las SSTC 2/1987, de 21 de enero; 19/1988, de 16 de febrero; 28/1988, de 23 de febrero; 150/1991, de 4 de julio; 209/1993, de 28 de junio; 72/1994, de 3 de marzo; 2/1997, de 13 de enero; 81/1997, de 22 de abril; 75/1998, de 31 de marzo; 88/1998, de 20 de mayo; 204/1999, de 8 de noviembre; 91/2000, de 30 de marzo; 8/2001, de 15 de enero; así como en ATC 219/1998, de 20 de octubre; ATC 279/2000, de 29 de noviembre.

propiamente dicho, amén del posible planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

* * * * * *

Amalia Fustero Bernad

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Socia de la FICP.

~La mediación penitenciaria como justicia restaurativa~

En la sociedad en la que vivimos observamos que algo está fallando, el ciberacoso, el bullying, el mobbing o el stalking, son entre otros, tipos de acoso que dejan atisbar una sociedad carente de principios, de valores, en definitiva, de empatía social. Algo que podría solucionarse con la dotación de un tipo de educación basada en valores y respeto al otro desde edad temprana.

A pesar de que exista una educación basada en valores y respeto al prójimo, los conflictos entre sujetos van a suceder siempre y será el modo en el que se les haga frente lo que influirá en la conformación de la sociedad del futuro, por ello, desde aquí abogo por la Justicia Restaurativa, donde los sujetos involucrados sean capaces de resolver de forma conjunta las consecuencia de sus acciones, donde la víctima sea la protagonista, que acepte las disculpas ofrecidas por el "ofensor", el cual a su vez debe reparar el daño causado. Pues solo a través de un sistema donde se permita al ofensor conocer las consecuencias que sus actos producen a terceros será posible la modificación conductual del mismo, a partir de la petición de disculpas y la asunción de responsabilidades.

Pero, ¿cómo actuar cuando el sujeto implicado es adulto y además recluso? Entonces aparece la mediación penitenciaria, como tipo justicia restaurativa, una estructura capaz de mostrar al interno que otra forma de vida, sociedad y visión del prójimo es posible, una visión que nos adentraría a un mundo de respeto al otro pues solo así es posible alcanzar el amor y respeto personal.

Es notable la importancia que en los últimos años se ha dado a la mediación como mecanismo para la resolución de conflictos. A partir de la práctica de la empatía, las personas son capaces de alcanzar un acuerdo consciente, que denota la madurez de dos sujetos, que, a pesar de tener posiciones enfrentadas, son capaces de llegar a un objetivo común, el acuerdo.

El propio Consejo General del Poder Judicial en su Plan de Modernización de la Justicia potencia la institucionalización de la mediación civil y penal como instrumento eficaz en la resolución de conflictos. Pero este Plan del 2008 quedó reservado

únicamente a la mediación penal en fase de instrucción y enjuiciamiento, no reseñando nada en cuanto a la mediación en centro penitenciario, entendido este tanto a la mediación que pudiera existir entre víctima y persona penada como el mecanismo propio de resolución de conflictos dentro de los centros penitenciarios.

Desde el Ministerio del interior, concretamente desde instituciones penitenciarias, apuestan por la reeducación y la reinserción social del interno, con el establecimiento de unos programas específicos de intervención orientados a una evolución positiva de los internos a partir de un tratamiento individualizado y seguimiento continuo, llevado a cabo por equipos de técnicos multidisciplinares.

Estos programas individuales se asignan según el perfil de cada penado, teniendo en cuenta en una evaluación global factores como su personalidad y delictividad.

La eficacia y evolución de cada uno de los programas son evaluadas de una manera periódica por la Administración Penitenciaria, normalmente en colaboración con universidades u otros entes semejantes.

Existen programas específicos de muchas y variadas materias dirigidos a un amplio espectro de la sociedad reclusa: agresores sexuales, alcoholismo, resolución dialogada de conflictos, discapacitados, drogodependientes, enfermos mentales, prevención de suicidios, juego patológico, seguridad vial, tabaquismo, madres, módulos de respeto, módulos de terapéuticos, violencia de género…

En la presente comunicación no solo queremos exponer el fin último de la mediación, que consistiría en la resolución dialogada de conflictos, donde los reclusos, junto con la colaboración de un mediador, sean capaces de resolver pacíficamente sus conflictos. A su vez queremos llamar la atención en la metodología educativa que rodea la práctica de la mediación en los centros penitenciarios, observando los valores de aprendizaje intrapersonal y las habilidades sociales que adquieren los reclusos.

La mediación penitenciaria crea entre los reclusos un ambiente de diálogo y respeto, donde las personas implicadas asuman la responsabilidad de su conducta, el protagonismo en el proceso y resolución del conflicto y recobren la sensación de paz y de equilibrio emocional existente, previa al inicio del conflicto, con la ayuda de un profesional "mediador", tercera persona neutral e imparcial que guía el proceso. La mediación penitenciaria permite construir un verdadero espacio para el ejercicio de los

derechos de las personas privadas de la libertad, para resolver sus conflictos de una manera más democrática y legítima.[1]

Se ha observado que la imposición de la sanción como consecuencia de la aplicación del régimen disciplinario no disminuye el número de conflictos carcelarios, todo lo contrario, con la imposición de la sanción se pretende castigar un determinado comportamiento del interno y no modificar su conducta desde el dialogo y la empatía, por tanto, la reincidencia es evidente. Solo a partir de la mediación es posible actuar sobre la raíz del asunto que originó el conflicto, impidiendo no solo su repetición, sino también en la modificación conductual del interno en conflictos posteriores.

Desde instituciones Penitenciarias, con el programa de Resolución Dialogada de Conflictos se implanta un servicio permanente que actúa ante la existencia un conflicto entre internos. En el mismo participan, los internos involucrados, profesionales penitenciarios y mediadores profesionales.

La Resolución Dialogada de Conflictos consta de tres fases, de explicación y ofrecimiento, de encuentro y aceptación. En la primera de ellas se ofrece la figura de la mediación de una forma individual a cada interno. Si las partes implicadas dieran el visto bueno a la mediación se pasaría a la siguiente fase de encuentro dialogado y búsqueda de acuerdos, donde las partes implicadas se reúnen junto con el mediador en aras de alcanzar un acuerdo. De existir acuerdo final, tendrá lugar la tercera fase donde se aceptarían los acuerdos alcanzados por las partes.

Es importante destacar que en mayo de 2014 Instituciones Penitenciarias firmó un Convenio con la Asociación Española de Mediación (ASEMED) cuyo objetivo es la implantación de un servicio de mediación penitenciaria al objeto de resolver los conflictos que puedan plantearse entre los diferentes actores que intervienen en el ámbito penitenciario: internos, Profesionales, Familiares y Víctimas (Clausula Primera del Acuerdo). Pero existe un inconveniente, este objeto mediatizador no alcanzaba a todas las prisiones estatales, el acuerdo solo incluía 14 prisiones. Por tanto, muchas de las cárceles españolas quedan a merced de la aplicación del régimen disciplinario como único método de resolución de conflictos.

[1] PASTOR SELLER, E / HUERTAS PÉREZ, E, La mediación penitenciaria como método alternativo de resolución de conflictos entre internos en el ámbito penitenciario, Revista Entramado, vol. 8, nº2, 2012, pp. 138-153.

Los objetivos fundamentales del Convenio eran tres: la creación de un servicio de mediación permanente en los centros penitenciarios, la impartición de talleres de formación básica en mediación dirigidos a los profesionales y a los internos de los centros penitenciarios a fin de formar y sensibilizar en la importancia de la mediación como forma alternativa de resolución de conflictos y la realización de prácticas de mediación penitenciaria de los alumnos inscritos en los Cursos de Mediación Penal y Penitenciaria que imparte la Escuela de Formación en Mediación de ASEMED, con la supervisión de los profesores del curso.

Pero el proyecto de mediación penitenciaria surgió mucho antes del 2014, en el año 2005 se inició en el Centro Penitenciario de Madrid III, Valdemoro, con un programa que utilizaba este tipo de mediación como herramienta para devolver a las personas privadas de libertad parte de la percepción del control sobre sus vidas, a través de una forma alternativa de resolver sus conflictos de convivencia y como fin último, pacificar las relaciones y disminuir parte de la tensión propia del espacio que obligatoriamente deben compartir. El modelo ha ido evolucionando, dando lugar a otros programas paralelos que trabajan en grupos la gestión de los conflictos de convivencia y con objetivos más preventivos. Un ejemplo de estos programas son los desarrollados por la Asociación ¿Hablamos? en las cárceles de Zuera y Daroca de Zaragoza[2].

La mediación penal y más especialmente la mediación penitenciaria supone una apuesta por el cambio a una justicia restaurativa, donde el pilar fundamental se asiente sobre el respeto y el diálogo, la empatía y la predisposición, cuyo fin sea encontrar una la verdad consensuada de las partes. Donde se respete la verdad vista desde los ojos de la otra parte tanto como la nuestra propia. Pudiendo, porque no, existir varias verdades, si así lo convienen las partes, todas ellas validadas y gestionadas por los sujetos en conflicto y finalmente resueltas satisfactoriamente por ellos.

En reglas generales suele definirse que los sujetos del conflicto son dos, víctima y ofensor, pero en mi opinión se trata de dos víctimas, pues observo que quizás a veces el ofensor pudiera ser una víctima oculta de un pasado cruel en una unidad familiar de origen cuanto menos escasa de valores, respeto y gestión de los problemas personales y grupales, abandonado a su suerte en un futuro como cabeza de familia, en el que se limitará a imitar patrones de conducta aprendidos durante la infancia, no teniendo

[2] CASTILLA, J/ GONZÁLEZ JEREZ, M.J, La mediación penitenciaria, en http://es.slideshare.net/ppenitenciariajerez/mediacin-penitenciaria, 2011, pp. 5 y ss.

ninguna oportunidad de mejorar, de ver que otro tipo de entorno familiar es posible, donde el respeto a la libertad de las personas que te rodean es el camino de la felicidad y la libertad personal.

De ser así, todos nosotros, como miembros de la sociedad debemos implicarnos en todos los asuntos de violencia, dejemos de ser juzgadores sin escrúpulos y consideremos nuestro grado de permisibilidad de ciertas conductas de nuestros menores, conductas que de no darle el tratamiento correcto se convertirán en caldo de cultivo de futuras víctimas (víctimas y ofensores)

Por todo ello, es positivo que la mediación se extendiera a todos los centros penitenciarios, y sea considerado como el primer método a aplicar en cualquier conflicto presidiario, quedando la sanción como último reducto para intentar modificar la conducta del interno. Pues solo a través de la mediación, los reclusos hacen práctica de su libertad de actuación modificando la aplicación del régimen disciplinario penitenciario por la resolución pacífica de conflictos, un método mucho más positivo, pues alberga más beneficios que las sanciones penitenciarias.

BIBLIOGRAFÍA

CASTILLA, J/ GONZÁLEZ JEREZ, M.J, La mediación penitenciaria. en http://es.slideshare.net/ppenitenciariajerez/mediacin-penitenciaria, 2011.

PASTOR SELLER, E / HUERTAS PÉREZ, E, La mediación penitenciaria como método alternativo de resolución de conflictos entre internos en el ámbito penitenciario, Revista Entramado, vol. 8, nº2, 2012, pp. 138-153.

* * * * * *

Ildefonso Manuel Gómez Padilla

Abogado en ejercicio. Ex-Magistrado Suplente. Máster en Derecho Deportivo y Doctorando Univ. de Jaén. Socio de la FICP.

~El deporte como método de reinserción en el Derecho penitenciario español~

Resumen.- Con este trabajo, se pretende hacer un breve análisis de la utilización que del deporte hace nuestra legislación penitenciaria, su fuerza integradora y rehabilitadora para el interno. Para su estudio se hará una breve reseña histórica de la evolución de su utilización con un sistema retributivo o preventivo, para adentrarnos, con posterioridad, en su regulación actual y las posibilidades que da la misma.

Palabras clave.- actividad física, castigo, delito, deporte, disciplina, eficacia de la sanción, función preventiva, función retributiva, práctica deportiva, pena, prisión, reinserción, salud física y psíquica.

I. LOS ORIGENES DEL DEPORTE EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS

De obligada mención, a mi juicio, cada vez que me adentro en el estudio de un tema relacionado con el derecho penitenciario y como libro de lectura complementario a los manuales doctrinales especializados en la materia, es el texto "*Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión"* del autor francés Michael FOUCAULT.[1]

De acuerdo con lo señalado por FOUCAULT, a partir del siglo XVIII y principios del XIX las cárceles abandonan progresivamente "la sombría fiesta punitiva" y se sumergen en las ideas de reintegración social. A las personas presas, a pesar del encierro al que estaban sometidas, se les considera seres humanos con derechos y, por esta razón, las actividades recreativas al aire libre van incorporándose como una parte más de las necesidades de la vida diaria de una prisión. En definitiva, la reinserción se convierte en la nueva ideología oficial del sistema penitenciario de las sociedades democráticas y reserva un lugar al deporte en la vida carcelaria (CAPLAN, 1996).[2]

En la actualidad, las instalaciones y prácticas físicas y deportivas forman parte "día a día" de las prisiones de los países de nuestro entorno. En ello contribuyó, según HAGAN (1989), el rol desempeñado por el deporte y la recreación en el denominado "Experimento de Bristol", un estudio realizado a finales de la década de 1960 en Reino Unido, en el que se señalaban algunos beneficios para la reinserción vinculados a la estrategia de ofrecer cierta libertad de asociación a los presos. Para este autor (al igual que para FOUCAULT), la introducción de las actividades deportivas es una consecuencia más del cambio de papel asignado a las prisiones cuando pasaron de ser centros de

[1] FOUCAULT, Michel, Vigilar y castigar, Madrid, Siglo XXI Editores, 1986. ISBN 84-323-0332-1.
[2] MARTOS, Daniel, Deporte entre rejas ¿algo más que control social?, 2009. ISSN: 0034-9712.

castigo y revancha a centros orientados a la rehabilitación social.[3]

II. BREVE RESEÑA DEL MARCO LEGISLATIVO DEL DEPORTE EN LOS CENTROS PENITENCIARIOS

Como consecuencia de la evolución del derecho penitenciario de lo retributivo a lo preventivo y reinsertivo, el Estado español, se hace eco en su normativa. Así lo indica la Constitución en su artículo 25.2, donde se manifiesta que las prisiones están pensadas y construidas con la intención de reeducar y reinsertar en la sociedad a las personas condenadas (Constitución Española, 1979). Además, en la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP, 1979), derivada de la Carta Magna, se mencionan las instalaciones deportivas y la posibilidad de organizar y participar en actividades de esta índole. Asimismo, el Reglamento Penitenciario (1997) expresa, en el capítulo denominado Formación, cultura y deporte, que las actividades educativas, formativas y deportivas están determinadas por el Consejo de Dirección del centro según propuesta de la Junta de Tratamiento. En su artículo 131, el texto señala que se realizarán las actividades deportivas más convenientes para conseguir el desarrollo integral de las personas encarceladas. Es decir, que el deporte en los textos penitenciarios encuentra lugar en el apartado reservado a las actividades encaminadas a la reinserción social, dentro del conjunto de artículos dedicados a la educación.

De alguna manera, esta cuestión la contempla la normativa legal de las prisiones españolas cuando el Reglamento Penitenciario (1997) señala en su artículo 3.3 que "... la vida en la prisión debe tener como referente la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos nocivos del internamiento...". Igualmente se observa en el Título IX del mismo Reglamento 'De las prestaciones de la Administración Penitenciaria' donde se regulan aspectos relativos a la asistencia sanitaria, a la higiene o a la alimentación. Sin embargo, en ningún lugar se habla de cómo el ejercicio físico y el deporte puede adquirir este significado y pasar a ser una práctica que contribuya a paliar las consecuencias nocivas de la reclusión y mejorar la calidad de vida de los internos de la prisión.

III. EL DEPORTE COMO MÉTODO DE REINSERCIÓN EN EL DERECHO PENITENCIARIO ESPAÑOL

Pese a los escasos estudios existentes, la doctrina científica estudiada, da a entender que en la función del deporte y las recreaciones, podemos encontrar beneficios

[3] MARTOS, Daniel, Deporte entre rejas ¿algo más que control social?, 2009. ISSN: 0034-9712.

para la reinserción vinculados a la estrategia de ofrecer cierta libertad de asociación a los presos. Distinguir por tanto la realización de actividad deportiva dentro e incluso fuera del centro, con las medidas de seguridad adecuadas, en grupo o a nivel individual.

Ya en los años sesenta con un estudio denominado "Experimento de Bristol" de cuyo autor lleva su nombre: "*la introducción de las actividades deportivas es una consecuencia más del cambio de papel asignado a las prisiones cuando pasaron de ser centros de castigo y revancha a centros orientados a la rehabilitación social*".

No obstante, no se puede obviar, la existencia de estudios que niegan la utilidad de la actividad física y el deporte, sobre todo de modo individual, frente al colectivo, para facilitar la reinserción del recluso.

En España, en los últimos años, se han realizado investigaciones en ambas líneas, así (CASTILLO, 2004 y 2005), estudiaban programas deportivos dotados de un contenido metodológico y técnico en su aplicación y con resultados satisfactorios entre los reclusos; por otro lado (MARTOS, Devis y Andrew, 2009) estudiaban programas contrarios, entendiendo que carecían de intención alguna y no promovían valores entre la población reclusa.

Lo que sí es un dato incontestable y de seguro cumplimiento de nuestra carta magna es la positiva influencia del deporte sobre la salud de los reclusos. El deporte como actividad física, proporciona mejoras ostensibles en la salud física y psíquica de los internos. Los beneficios físicos de los internos se ven reflejados en una mejor movilidad y un aspecto más saludable, al tiempo que se advierte la mejora de las conductas higiénicas. Esto se trasluce en el éxito, casi asegurado a la hora de ayudar a la desintoxicación de internos drogodependientes, sobre todo en relación a los que no realizan deporte. Igualmente, en lo que se refiere a la mejora psíquica de los internos, reduciendo el estrés y la ansiedad y la tolerancia al transcurso del tiempo.

De lo señalado, se desprende, que la actividad deportiva, es un proceso que se utiliza en la institución penitenciaria con el objetivo general de aumentar el éxito de la reeducación y rehabilitación de los internos. Y ello es así, porque los profesionales, creen que el deporte favorece dos logros fundamentales:

- facilitar que los internos estructuren sus vidas en función del régimen penitenciario
- canalicen su agresividad incrementada por su frustración al ser recluidos a la

fuerza.

A mi juicio, y a pesar de sus detractores, el deporte influye favorablemente en la reeducación y rehabilitación social de los internos deportistas. En general, se trata de una actividad que se entiende como un revulsivo para la generación de nuevos hábitos saludables y ofrece un contexto para el cambio de actitudes.

No se puede concluir este apartado, sin hacer mención mínima al derecho comparado, destacando a modo de curiosidad, la regulación que hace la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 18 que establece como se organiza el sistema penitenciario sobre la base, entre otros, del deporte como medio para la reinserción a la sociedad.

En palabras de RUIZ ORTEGA[4]: sin duda, existe una necesidad imperiosa para que las personas que están privadas de su libertad, no pierdan la oportunidad de ejercer un derecho fundamental como lo es el disfrutar el deporte. Para ello, hay una exigencia de generar los espacios adecuados para su desarrollo. Tomando en cuenta que las buenas políticas públicas penitenciarias coinciden en que su ejercicio permite una mejor reinserción y, además, beneficia a la recomposición del tejido social.

Pero este autor, va más allá, y afirma que se pueden obtener resultados positivos y modificar las conductas antisociales mediante la actividad física y el deporte. Así, se deberán destinar espacios, horarios, recursos de todo tipo; y, sobre todo, convencer a la población penitenciaria, como a sus autoridades, de la necesidad de que se den los logros de aplicar una política deportiva intensa y constante que les permita encauzar su vida personal.

¿Qué se requiere para promover el deporte en el sistema penitenciario? Interés y recursos suficientes para que esa población realice cualquier deporte, sin pretexto y exclusión alguna.

Llegados a este punto y firme la postura de la necesariedad del deporte en los centros penitenciarios, se podría dar un paso más y formularnos la siguiente cuestión: ¿Se podría formar a atletas de alto rendimiento? RUIZ ORTEGA considero que sí, máxime que los privados de libertad podrían tener el tiempo necesario para practicar y buscar la excelencia, incluso que fueran profesionales del deporte que pudieran presentarse a competiciones y, tener la oportunidad de salir e ingresar con esa finalidad.

[4] RUIZ, Hazael. El deporte en el sistema penitenciario. El sol de México, 2012.

IV. ALGUNAS CRÍTICAS AL SISTEMA

Según la normativa penitenciaria, el deporte es una actividad de Tratamiento más sobre la que descansa la tarea oficialmente educativa de estas actividades. Pero después, en la práctica, reciben el menosprecio y una patente falta de atención. Así se observa en diferentes aspectos del funcionamiento diario de la prisión como la falta de educadores de deporte, el poco caso que hacen a la planificación y desarrollo de las actividades físicas y deportivas y la ausencia del único educador de deportes en la Junta de Tratamiento. Según el artículo 272 del Reglamento Penitenciario (1997), las Juntas de Tratamiento deben estar integradas por el director, el subdirector de tratamiento, el subdirector médico, el director de la Unidad Docente, el coordinador de los Servicios Sociales y los técnicos, educadores y jefes de servicios que hayan intervenido en las propuestas a debatir.

Los presos también son conscientes de que el deporte juega un papel de control social a los ojos de los empleados de la institución.

V. CONCLUSIONES

Para concluir, a lo largo de la historia se ha demostrado el hecho constatable de que la realización de la actividad física, elevada a su máxima expresión como "deporte", proporciona al ser humano un estado óptimo que viene a resumirse en la máxima ***"Mens sāna in corpore sānō"***. Como no podía ser de otra manera en los reclusos esta máxima se cumple y ello, ligado a una legislación adecuada y con el fin predeterminado de una sanción penal de carácter preventivo, que no retributivo, conlleva el éxito y pertinencia de su establecimiento de manera estable y continuada en nuestros centros penitenciarios, cuestión esta que puede facilitar la resocialización y rehabilitación del recluso.

* * * * * *

Dra. Tàlia González Collantes

Doctora en Derecho y licenciada en Criminología, Univ. de Valencia. Socia de la FICP.

~La medida de internamiento psiquiátrico y por qué renunciar a los hospitales penitenciarios~

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente a las consecuencias jurídicas se les ha dado una importancia menor que la otorgada a la teoría del delito, por ello que siempre es de agradecer que se organicen eventos científicos para tratar sobre aquéllas, y más si cabe sobre las alternativas a la prisión. Si ya son muchas las razones que aconsejan evitar el ingreso en prisión para cumplir condena, todavía son más las que me llevan a defender prescindir de dicho internamiento cuando lo que se ha de cumplir es una medida de seguridad. No hay lugar más antiterapéutico que un centro penitenciario y a las medidas de seguridad se les debe dar un contenido terapéutico, pues a través de su imposición se persigue el tratamiento de su destinatario y compensar así su peligrosidad.

A continuación, después de referirme a los requisitos para la apreciación de la eximente de anomalía y alteración psíquica y a los requisitos para la imposición de la medida de seguridad consistente en el internamiento psiquiátrico, dejaré indicados los preceptos legales que llevan a defender que esta medida se pueda cumplir en un centro comunitario, esto es, fuera de la cárcel, y seguidamente apuntaré cuáles son las principales razones que llevan a aconsejar que así sea.

II. LAS ANOMALÍAS Y ALTERACIONES PSÍQUICAS COMO EXIMENTE Y LA MEDIDA DE INTERNAMIENTO EN CENTRO PSIQUIÁTRICO

1. La eximente de anomalía o alteración psíquica: requisitos para su apreciación

En relación a las anomalías y alteraciones psíquicas, resulta imprescindible tener claro que aunque a los sujetos que las sufren se les pueda reconocer la concurrencia de una eximente completa o incompleta, ello no implica necesariamente su apreciación efectiva en todos los casos. De hecho, nuestro Código Penal contempla una graduación de la imputabilidad, y, además, solamente en caso de la acreditación plena de la incapacidad del sujeto para comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión, se procederá a la exención completa del artículo 20.1 En cambio, si su

facultad intelectiva y/o volitiva simplemente está mermada, lo más idóneo será la apreciación de una eximente incompleta del artículo 21.1 CP, quedando reservada la atenuante analógica en base al artículo 21.6 para los casos más leves[1].

La Jurisprudencia ha enumerado los requisitos necesarios para aplicar modificaciones de la imputabilidad derivadas de trastornos que son considerados anomalías o alteraciones psíquicas; requisitos a los que nos referiré a continuación de manera sintética.

En primer lugar conviene apuntar que para la apreciación de una eximente, ya sea completa o incompleta, no es suficiente el diagnóstico de la anomalía o alteración psíquica. Ésta es una condición necesaria pero no suficiente para apreciar su concurrencia, dado que resulta indispensable la prueba efectiva de la afectación grave de las facultades mentales en el momento del hecho concreto por el que se juzga al sujeto, o dicho con otras palabras, se debe acreditar la influencia reductora o anulatoria de la capacidad de entender y actuar conforme a tal comprensión del sujeto. Si el sujeto era incapaz de comprender la ilicitud del hecho y/o comportarse de forma consecuente no puede ser objeto del reproche en que la culpabilidad consiste[2]. Nuestro Código Penal superó la tradicional fórmula biológica que no se adecuaba correctamente a aquello que conforma la responsabilidad penal. Actualmente nuestro Código contempla una fórmula mixta en la que, como decía, encontramos una base biológica, constituida por la concurrencia en el sujeto de "cualquier anomalía o alteración psíquica"; y que, como consecuencia de la misma, se produzca el efecto psicológico determinado por la incapacidad para comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión. En este sentido pueden consultarse, entre otras muchas, las Sentencias del

[1] En realidad, nuestro Código Penal no contempla un concepto expreso de imputabilidad en sentido positivo, sino que sencillamente acoge una regulación negativa, refiriéndose a la falta de la misma. Así, el artículo 20 del CP recoge en sus tres primeros apartados algunas de las causas de inimputabilidad. En el apartado primero se refiere a las anomalías o alteraciones psíquicas y al trastorno mental transitorio, en el segundo al estado de intoxicación plena y al síndrome de abstinencia, y en el tercero a las alteraciones en la percepción. Y, es de estos dos primeros números de los que la doctrina exige que legalmente se den dos elementos, el intelectivo y el volitivo, para que pueda afirmarse la imputabilidad. Pero, en ocasiones, como veremos, el individuo no se encuentre incapacitado para comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa comprensión, pero sí tenga afectadas estas facultades. Por ello, dependiendo del su grado de afectación, el juez, más allá de la eximente completa del art. 20.1 CP, podrá apreciar la eximente incompleta prevista en el art. 21.1CP en relación con el art. 20.1 CP o, la atenuante analógica del art. 21.6 CP en relación al art. 21.1 CP y art. 20.1 CP. Sobre la regulación en negativo, vid: COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, Derecho Penal. Parte General, Tirant lo Blanch; Valencia, 1999, p. 576; MORALES PRATS, Art. 20.1. Código Penal, en: QUINTERO OLIVARES (Dir.), Comentarios al nuevo Código Penal, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2005, p. 147.

[2] Pero si la influencia reductora o anulatoria de dicha capacidad no puede ser acreditada sólo será posible, como máximo, la apreciación de una atenuante analógica.

Tribunal Supremo 733/1997 de 22 de mayo, 1185/1998 de 8 de octubre, 1341/2000 de 20 de noviembre, 1111/2005 de 29 de septiembre, 982/2009 de 15 de octubre, 3958/2010 de 14 de julio, 5473/2010 de 8 de octubre, 2230/2011 de 30 de marzo y 5100/2013 de 7 de octubre.

A esto debemos añadir dos requisitos más: que el sujeto padezca esta anomalía en el momento en que ejecute la acción penal y la existencia de una relación de causalidad entre la misma y el hecho cometido. Sin duda, la existencia de una proximidad entre el momento ejecutivo del hecho y el brote que caracteriza una anomalía o alteración psíquica en concreto es indispensable, tal y como ha afirmado el Tribunal Supremo, por ejemplo en las Sentencias 6132/72009 de 21 de septiembre, 1081/2007 de 20 de diciembre y 5473/2010 de 8 de octubre.

Como decía, la fórmula recogida en nuestro Código Penal es mixta. No es suficiente el diagnóstico de la anomalía o alteración indicada, sino que resulta indispensable la prueba efectiva de la afectación de las facultades mentales en el momento del hecho por el que se juzga al sujeto. Por ello, cuanto más completos y próximos al momento de los hechos sean los informes, más seguridad tendrá el juez o tribunal al adoptar su resolución, aunque no siempre sucede así. Uno de los problemas con los que me he encontrado después de analizar un número más que razonable de sentencias en las que se aprecia la eximente es que en ocasiones no se tienen en cuenta los informes de los médicos que inmediatamente después de los hechos atienden al sujeto, sino tan sólo el informe forense realizado a posteriori, o teniéndose en cuenta los diversos informes aportados, se otorga mayor credibilidad y fiabilidad al de fecha más tardía. Vale de ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 24/2010, de 8 de febrero de 2011.

Como MORALES PRATS[3] destaca, la configuración de esta eximente requiere un diálogo y la integración del saber psiquiátrico y psicológico en el Derecho penal. En este sentido, los jueces necesitan que los expertos en Psiquiatría forense les ofrezcan la información lo más detallada posible sobre el presupuesto biológico, para apreciar de la forma más certera posible la existencia de la eximente, dado que, como el Tribunal Supremo[4] pone de relieve, aunque el perito debe limitarse a dar cuenta del dato

[3] MORALES PRATS, Art. 20.1, pp. 149 y ss.
[4] Entre otras: STS 733/1997, de 22 de mayo.

empírico dejando al jurista la decisión sobre la consecuencia jurídica, los conocimientos empíricos no pueden ser ignorados en la determinación de la capacidad del autor.

También resulta fundamental, reiterando lo dicho, la existencia de una relación causal entre la anomalía o alteración psíquica y el comportamiento del sujeto, valorándose la clase de delito cometido y su posible relación con la modalidad concreta de anomalía o alteración psíquica de que se trate. En este sentido pueden consultarse, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo 497/1997 de 19 de abril, 696/2004 de 27 de mayo y 5473/2010 de 8 de octubre[5]. Sin duda, esta última resolución efectúa una importante valoración de la relación de la patología con el concreto hecho delictivo, subrayando uno de los aspectos que anteriormente destacaba, como es la importancia de los informes periciales próximos al momento de los hechos. En este caso, el tribunal apreció una eximente completa en un caso de conducción temeraria por parte de un sujeto con un trastorno esquizoafectivo, destacando que, aunque el acusado tuvo conocimiento del riesgo que generaba con su temeraria conducción y también de la antisocialidad de su conducta, tal componente cognoscitivo no sería suficiente para que ajustara su comportamiento a las exigencias del mensaje normativo, dado que en ese momento estaba siendo víctima de un delirio propio de su enfermedad que le impedía atender al mandato legal y le obligaba a orientarse por el objetivo patológico e irracional que le marcaba la idea delirante.

Solamente cuando concurran todos los requisitos mencionados diremos que el sujeto es inimputable o semiimputable y será posible entonces la imposición de alguna de las medidas de seguridad de las enumeradas en el artículo 96 del Código Penal, que

[5] Ésta última es una Sentencia que estimo verdaderamente interesante pues en ella se analizan dos de las instituciones más controvertidas de todo el sistema jurídico-penal, como lo son la eximente de anomalía psíquica y el dolo eventual, instituciones ligadas a los clásicos y siempre controvertidos componentes intelectivos y volitivos. Concretamente, la tesis de la defensa se centra en cuestionar la existencia de dolo eventual en la conducta homicida penada por la Audiencia, alegando que la enfermedad psíquica que padece el acusado, un trastorno esquizoafectivo bipolar en fase maníaca, le impediría que actuara con el conocimiento y voluntad propios del dolo eventual. Sobre el dolo, la sala destaca como de acuerdo con sentencias como la 172/2008, de 30 de abril, y 716/2009, de 2 de julio, el dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. Y, realmente, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas "aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado". Así, el Tribunal apuesta por seguir las directrices en la STS de 23 de abril de 1992 en el conocido caso del "aceite de colza", aplicando un criterio normativo del dolo eventual, en el que prima el elemento intelectivo o cognoscitivo sobre el volitivo. Aunque, como se precisa, ello no implica excluir o descartar el elemento volitivo, sino postergarlo en la fundamentación probatoria por obtenerse de una mera inferencia extraíble del dato de haber ejecutado el hecho con conocimiento del peligro concreto generado por la acción. En este caso, la conducción en contra dirección.

pueden ser bien privativas de libertad o bien no privativas de libertad. De todos modos, en el presente trabajo nos centraremos en las primeras. Únicamente analizaremos la medida de internamiento en centro psiquiátrico, que de las de dicha naturaleza es la que correlaciona con la eximente consistente en padecer una anomalía o alteración psíquica.

2. La medida de internamiento en centro psiquiátrico: requisitos para su imposición

A pesar de lo dicho anteriormente, resulta fundamental aclarar que para poder acordar la imposición de una medida de seguridad no es suficiente con que el sujeto sea inimputable o semiimputable, pues para que así sea también se requiere el cumplimiento de determinados requisitos que están consagrados en el Código Penal, y que al mismo tiempo constituyen criterios limitadores de la gravedad de la misma y de su duración. En concreto, los dichos requisitos son los siguientes:

a) La previa comisión de un hecho delictivo por un sujeto que resulta peligroso, y que dicha peligrosidad sea de naturaleza criminal. La peligrosidad es indispensable para que sean aplicadas las medidas de seguridad, pero per sí sola no justifica su imposición, sino que se exige haber cometido un hecho previsto como delito, de hecho sólo así puede hablarse de peligrosidad criminal. Que debe ser así consta en los artículos 95.1 y 6.1 del Código Penal. Aunque en el Proyecto de Reforma de éste de 2013 el hecho cometido dejaba de ejercer cualquier tipo de limitación, con lo cual se ponía en duda el carácter de postdelictuales de las medidas, se renunció a modificar los artículos en los que están reguladas las medidas de seguridad.

b) Que la medida cumpla la exigencia de proporcionalidad. De ahí que rija la idea de que las medidas de seguridad no puedan resultar más graves que las penas aplicables al delito cometido. Y este requisito también está relacionado con la exigencia de respetar la igualdad y no discriminar, pues se quiere no hacer de peor condición a los sujetos a los que se les ha reconocido la concurrencia de una eximente de anomalía o alteración psíquica que a los otros que son plenamente imputables. Aquella idea está consagrada en el artículo 6.2 del Código Penal e impide tanto la imposición de una medida privativa de libertad cuando la pena que hubiera podido imponerse fuera de la misma naturaleza, como también que pueda tener una duración superior a ésta. Estaba proyectado renunciar a ello pero finalmente, y afortunadamente, no ha sido así.

c) Que exista probabilidad de comisión futura de nuevos delitos. También el cumplimiento de este requisito se veía comprometido en el Proyecto de Reforma del Código Penal 2013, pues se contemplaba como necesario para la imposición de una medida haber cometido un hecho delictivo, pero a partir de ese momento cabía la consideración de la peligrosidad para hechos que nada tuviesen que ver con el anterior que no ejercía límite de proporcionalidad alguno.

d) Que la medida resulte necesaria para eliminar la peligrosidad criminal, lo cual exige que las medidas sólo puedan imponerse si existe peligrosidad criminal y sólo se ejecutaran mientras subsiste dicha peligrosidad. Este principio aparece consagrado en el artículo 101 del Código penal. En el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013 aparentemente se respetaba este principio, el cual aparecía recogido en los artículos 95.1 y 97, pero al mismo tiempo se decía que la imposición de una medida "ha de resultar necesaria para compensar, al menos parcialmente, la peligrosidad del sujeto". La expresión "al menos parcialmente" atenta contra el principio de subsidiariedad, pues la medida, como consecuencia jurídica penal que es, debería ser totalmente necesaria. Afortunadamente tampoco este cambio se materializó.

Por otra parte, los redactores del Proyecto tampoco tuvieron muy en cuenta que a las medidas de seguridad en general, y en particular a las privativas de libertad, se les debe dar una orientación terapéutica, es decir, que en el caso de que se impongan a personas que sufren una anomalía o alteración psíquica, el internamiento vaya acompañado de un tratamiento psiquiátrico, educativo especial o deshabituador, y ello además, con la vista puesta en su reinserción social futura. Que debe ser así se desprende del artículo 25.2 de la Constitución, a tenor del cual las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social. Y si afirmamos que en el Proyecto de 2013 esto no se tuvo en cuenta es porque se quería que las medidas de internamiento en centro psiquiátrico pudiesen prolongarse de manera indefinida, sin que hubiese previsto ningún límite máximo, con lo cual se podría mantener a un sujeto privado de libertad de por vida bajo el pretexto de que el tratamiento no había finalizado o de que no había tenido éxito, por continuar la peligrosidad criminal. Que finalmente no haya sido así merece un aplauso.

III. LAS PRETENDIDAS REFORMAS DEL ARTÍCULO 98 DEL CÓDIGO PENAL

Aunque, tal y como he apuntado, se acabó por renunciar a las reformas que querían introducirse en los artículos del Código Penal en los que aparecen reguladas las medidas de seguridad, es importante recordarlas, y las arriba indicadas no son las únicas que afectaban a la de internamiento psiquiátrico. Tal y como veremos a continuación, otras querían incorporarse en el artículo 98. A continuación veremos cuál era el contenido que se le pretendía dar a tal precepto.

En primer lugar importa subrayar que el mencionado artículo en el Proyecto quedaba dividido en tres apartados, advirtiéndose en el primero que la imposición de la medida de internamiento en un centro psiquiátrico era una posibilidad, pues se indicaba que "el Juez o Tribunal podrá acordar el internamiento en un centro psiquiátrico". Se exigía para ello, en primer lugar, una evaluación exhaustiva del sujeto declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1 del artículo 20 o que se le hubiese apreciado la circunstancia primera del artículo 21, así como también de la acción que llevó a cabo. Al respecto no está de más apuntar que sería más acertado referirse no a la acción llevada a cabo sino al delito o al hecho delictivo cometido, pues como acertadamente indica ACALE SÁNCHEZ, un inimputable también puede cometer delitos omisivos[6].

Siguiendo con el análisis de este precepto, en el Proyecto también se exigía para poder imponer el internamiento en un centro psiquiátrico que tras la dicha evaluación se concluyera la existencia de base suficiente para afirmar que, debido a su trastorno, resultaba posible prever la comisión por aquel sujeto de nuevos delitos y que, por tanto, supusiera un peligro para la sociedad. Al respecto queremos comentar, por una parte, que la expresión "peligro para la sociedad", como con razón critica ACALE SÁNCHEZ, "debería quedar extramuros del Código Penal, porque es una expresión vulgar, carente de cientificidad"[7]. E importa subrayar, en segundo lugar, que el que realmente se haga o pueda hacerse una evaluación verdaderamente exhaustiva ya es discutible, pero es que, además, no consta cómo se debe realizar dicha evaluación, ni quién la realizará, ni tampoco cuándo. Aunque la respuesta a las dos primeras cuestiones planteadas se

[6] ACALE SÁNCHEZ, Medidas de seguridad, en ÁLVAREZ GARCÍA (Dir.), Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 424.
[7] Ibidem.

deduce del análisis del artículo 95, sería mejor darles respuesta de manera expresa, y también a la otra interrogante. Ello no pasa ahora y no estaba previsto hacerlo en el Proyecto, desaprovechándose una buena oportunidad para llenar dicho vacío.

En relación a la primera de estas interrogantes, el hecho de que en el artículo 95 tanto del Código Penal como del Proyecto se diga que el juez o tribunal se ayudará de los informes que estime convenientes para tomar una decisión, lleva a pensar que se requiere la utilización de metodologías científicas o experimentales, que exigen recurrir a numerosos medios materiales y se realiza por especialistas cualificados. Creemos que se opta por este método y no por otros posibles, a saber: el intuitivo, el clínico y el estadístico. El primero de estos métodos, el intuitivo, se basa en apreciaciones subjetivas del juez y no cuenta con apoyo científico ni técnico más allá del que le proporciona su experiencia, el método clínico se basa en una exploración individualizada de la personalidad de cada sujeto, y el método estadístico se sirve de tablas de predicción, se examinan las características de personalidad de una persona y éstas se comparan con aquellas que aparecen en una tabla.

A partir de lo anterior podemos responder a la segunda pregunta: son los peritos quienes confeccionan los dichos informes. Sin embargo, los jueces y tribunales no están vinculados por las conclusiones de los expertos. Son ellos los que tienen en sus manos la decisión última sobre el internamiento (y su prórroga), con lo cual, a pesar de que para dejar de lado las recomendaciones de los especialistas aquéllos deben fundamentar su decisión apoyándose en conocimientos científicos, se critica que su decisión pueda estar condicionada por el temor a que se les responsabilice en caso de que el enfermo mental no ingresado (o liberado) cometa un nuevo delito; se señala que los enfermos mentales y las infracciones que puedan cometer son un problema de batas blancas que la pretendida reforma dejaba en manos de togas negras, y ello a pesar de que de este modo se puede situar a los inimputables sin la presunción de inocencia que rige para cualquier otro ciudadano.

Y en relación a la tercera duda planteada, el juicio sobre la peligrosidad de un sujeto debe hacerse antes de que recaiga la sentencia en la que se determina la imposición de una determinada medida de seguridad, y opera en dos fases: en la fase de diagnóstico y en la fase de pronóstico. En la primera se debe comprobar la cualidad sintomática de peligrosidad del sujeto y en la segunda se constata la relación entre dicha

cualidad y el futuro criminal de dicho sujeto, y todo ello debe constar en la sentencia que determine la imposición de la medida de seguridad por parte de un juez o tribunal.

Cabe hacer constar, por otra parte, en relación a cuál debe ser el lugar de internamiento, a pesar de que me ocuparé de esta cuestión con mayor detalle en el siguiente apartado, quisiera dejar apuntado en este otro que actualmente únicamente se dice que será un "establecimiento adecuado", sin aclarar si debe ser un establecimiento penitenciario u otro ubicado en el seno de la comunidad, o si debe ser público o privado. Podría haberse aprovechado la reforma para aclararlo, lo cual, a mi entender, hubiese sido conveniente. Y además de que el Proyecto de 2013 no estaba previsto hacerlo así se quería substituir la referencia actual al "establecimiento adecuado" por la mención a un "centro psiquiátrico", implicaba, tal y como subraya Barrios Flores, más desventajas[8]. Más adelante veremos por qué. Ahora sólo diré que son muchas las razones que llevan a los expertos a desaconsejar que se intente la curación o la mejora de las personas con una enfermedad mental recurriendo su internamiento en un hospital psiquiátrico penitenciario[9]. De hecho, está probado que de éste, por las propias condiciones del encarcelamiento, surgen nuevas patologías mentales o se agravan las existentes[10]. Además, es más probable que pase así si el internamiento se ejecuta en régimen cerrado que si se hace en régimen abierto, y ello me lleva a censurar otra de las reformas que venían contempladas en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013.

Esa otra reforma proyectada con la cual tampoco estoy de acuerdo es que se quería que en el apartado segundo del artículo 98 se dijese que el internamiento se ejecutaría en régimen cerrado cuando existiera un peligro relevante de quebrantamiento de la medida o de comisión de nuevos delitos. El que exista peligro relevante de cometer nuevos delitos no justifica, o no debería justificar, el régimen cerrado, sólo que la medida de seguridad a imponer sea privativa de libertad. Si el peligro no fuera

[8] BARRIOS FLORES, El Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012. Incidencia sobre infractores penales con anomalías o alteraciones psíquicas, Diario La Ley, 3 de abril de 2013, Año XXXIV, p. 3.

[9] De hecho, en la psiquiatría actualmente lo normal es el ingreso de enfermos mentales en centros especializados de tratamiento, y con más razón en un hospital psiquiátrico penitenciario. La internación psiquiátrica es un extremo dentro del curso de un tratamiento actual reservado para períodos de crisis.

[10] La primera investigación realizada sobre los efectos nocives de estos encierros se publicó a comienzos de la década de 1960 en Estados Unidos. Vid. GOFFMAN,, Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates, Doubleday, New York, 1961. Esta obra puede consultarse en castellano: Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales, Amorrortu, Buenos Aires, 1970.

significativo no cabría el internamiento, sino la aplicación de otra medida de seguridad no privativa de libertad, ya que, como apunta BARRIOS FLORES:

> "estaríamos probablemente en el escenario contemplado en el mencionado art. 97.1 ARCP; es decir, que existan varias medidas adecuadas 'para prevenir de modo suficiente la peligrosidad del sujeto', con lo que habrá que imponer solo una (la que resulte necesaria)"[11].

Lo cierto es que lo indicado en el apartado segundo del artículo 98 del Proyecto de Reforma del Código Penal evidencia que se quería priorizar la seguridad al tratamiento[12], contradiciendo además lo dispuesto en el artículo 188 del Reglamento Penitenciario, a tenor del cual la separación en los distintos departamentos de que consten los establecimientos o unidades psiquiátricas penitenciarias tiene que hacerse en atención a las necesidades asistenciales de cada paciente y las restricciones a la libertad personal deben limitarse a las que sean necesarias en función del estado de salud de aquél o del éxito del tratamiento. También cabe decir que aunque el internamiento se ejecutase en régimen abierto los centros en los que se cumpliría reúnen condiciones de seguridad suficientes para evitar la fuga de los sujetos allí ingresados y, además, aunque está claro que en dicho supuesto se saldría al exterior con mayor frecuencia y, por tanto, existirían más ocasiones para fugarse o podría aprovecharse una salida para volver a delinquir, no tiene por qué ser necesariamente así. Las relaciones con el exterior, que se producen a través de las comunicaciones y las salidas, se fijan, tal y como se indica en el artículo 190 del Reglamento Penitenciario, en el marco de un programa individual de rehabilitación para cada uno de los pacientes. En el Reglamento no consta a quién corresponde autorizar las salidas del establecimiento, pero según el criterio 3.4 de la Instrucción 19/2011 de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, son competentes para ello los jueces de vigilancia penitenciaria.

No menos censurable resulta que se pretendía que en el apartado tercero del artículo 98 del Código Penal, después de afirmarse que el internamiento en centro psiquiátrico no podría tener una duración superior a cinco años, se dispusiera que sería así excepto en caso de que se acordare su prórroga. Y se aclaraba, igualmente, que si, transcurrido dicho plazo, no concurrieran las condiciones adecuadas para acordar la

[11] BARRIOS FLORES, El Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012. Incidencia sobre infractores penales con anomalías o alteraciones psíquicas, p. 3.

[12] Vid. ALCALE SÁNCHEZ, Medidas de seguridad, p. 425. Como bien apunta la autora, el régimen cerrado debería justificarse por la necesidad de tratamiento y no por el peligro relevante de quebrantamiento, además de que ese peligro también existe en caso de imponerse una medida privativa de libertad.

suspensión de la medida y, por el contrario, el internamiento continuara siendo necesario para evitar que el sujeto que sufre la anomalía o alteración psíquica cometa nuevos delitos a causa del mismo, el Juez o Tribunal podría, a petición de la Junta de Tratamiento, acordar la prolongación de la medida por períodos sucesivos de cinco años. Al respecto importa subrayar, en primer lugar, que la solicitud de prórroga por períodos de cinco años resulta excesiva para evaluar la evolución del sujeto concernido[13]. Y por otra parte, todavía más grave que esto es que si se le hubiera dado luz verde a la reforma de este precepto, además de la involución normativa que ello hubiera supuesto[14], se les hubiese dado entrada a las medidas de duración máxima totalmente indeterminada, lo cual vulnera la exigencia de seguridad jurídica y, en general, el mandato de determinación que implica el principio de legalidad. Este principio, el de legalidad, recogido en los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución española y en el artículo 7.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, no sólo exige certeza y taxatividad a la hora de concretar las conductas que están prohibidas sino también en relación a las consecuencias jurídicas a imponer, en lo referente tanto a la cuantía como a su extensión, tanto a la duración mínima como a la máxima, tal y como ha indicado el Tribunal Constitucional español en infinidad de ocasiones, por ejemplo en las Sentencias 29/1989 de 6 de febrero, 136/1989 de 19 de julio, 207/1990 de 17 de diciembre, 36/1991 de 14 de febrero, 45/1994 de 15 de febrero, 301/2005 de 21 de noviembre y 129/2006 de 24 de abril. De estas resoluciones, la que resulta más interesante es la primera, la Sentencia 29/1989 de 6 de febrero, pues el Alto Tribunal declara la inconstitucionalidad de una norma administrativa que preveía la genérica previsión de una sanción de multa de 2.500.000 pesetas en adelante, con lo cual se vulneraba el artículo 25.1 de la Constitución, pues el límite máximo de dicha medida está absolutamente indeterminado. Aunque esta doctrina ha sido pronunciada al ámbito de las sanciones administrativas, entendemos que es extensible al ámbito de las penas y

[13] BARRIOS FLORES, El Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012. Incidencia sobre infractores penales con anomalías o alteraciones psíquicas, p. 6.

[14] Con la aprobación del Código Penal de 1995 se puso fin al internamiento de duración totalmente indefinida al introducirse el límite máximo temporal en la actualidad vigente. En lo referente a la indeterminación temporal de las medidas de seguridad, vid. GARCÍA PÉREZ, La racionalidad de la proporcionalidad en sistemas orientados a la prevención especial, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 9, septiembre, 2007, p. 5; MONTEIRO SANTANA GARCÍA, La Medida de Seguridad por Tiempo Indeterminado como Forma de Violación de la Dignidad de los Enfermos Mentales en Brasil, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2011; TAPIA BALLESTEROS, Las medidas de seguridad. Reformas más recientes y últimas propuestas, Revista Jurídica de Castilla León, núm. 32, 2014, pp. 13 y 14; QUINTERO OLIVARES, Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código Penal, en La Reforma Penal y Penitenciaria, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1980, pp. 581 y 582.

medidas en general, y al de la medida de internamiento en un centro psiquiátrico en particular. Importa tener en cuenta, asimismo, que de haberse modificado el precepto ahora analizado para darle el contenido previsto en el Proyecto de Reforma también se hubiese vulnerado el principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución, además de que implicaría dar o poder dar un trato inhumano o degradante, proscrito en el artículo 15 de nuestra Carta Marga por ser contrario a la dignidad humana, que a tenor del artículo 10 de la norma suprema es fundamento del orden político y de la paz social[15]. Y sería contrario a la dignidad no sólo por permitir tener encerrada de por vida a una persona[16] sino también por las consecuencias que esto pueda tener, en forma de descompensaciones o depresiones o incluso en conductas autolíticas[17], y ello también entraría en contradicción con la finalidad resocializadora de las medidas, proclamada de manera expresa en el artículo 25.2 de la Constitución[18].

Por todo lo acabado de indicar rechazamos la posibilidad de imponer una medida de internamiento de duración indeterminada que pueda traducirse en tener encerrada a una persona de por vida, lo cual, por otra parte, no quiere decir que se deje en situación de indefensión a la sociedad y al propio sujeto. De hecho, en el que se quería que fuese el apartado tercero del artículo 98 se contemplaba la posibilidad de levantar dicha

[15] La dignidad es una característica esencial al hombre, que lo acompaña permanentemente y sin distinción alguna, e incluso podría verse vulnerada en casos en que el internamiento no es perpetuo, cuando por ejemplo un sujeto en estado de inimputabilidad comete un delito de robo con fuerza y, por entenderse que resulta peligroso, se le impone una medida de seguridad y, por considerarse que el estado de peligrosidad no ha desaparecido, se prolonga durante un tiempo superior a la de la pena que podría habérsele impuesto. También en este caso concreto en el que el encierro prolongado atiende a su especial constitución y no al hecho cometido se estaría atentando contra su dignidad. Citando a ROXIN, "una libertad puede ser privada cuando su utilización conducirá, con gran probabilidad, a perjuicios para otros, los cuales, en su totalidad, son mucho más graves que las restricciones que debe tolerar el que causa el peligro por la medida de seguridad". Y esta idea de la ponderación de bienes también la concreta este autor a través del principio de proporcionalidad, afirmando que "los daños y peligros que derivan del autor deben ser aceptados a pesar del interés de prevención en evitarlos cuando son menores que la afectación de la libertad que la medida de seguridad acarrearía para el afectado". ROXIN, Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad, en Determinación judicial de la pena, Julio B. J. Maier compilador, Ed. Del Puerto, Buenos Aires. 1993, pp. 44 y 45.

[16] Lo que viene sucediendo hasta ahora es que, cuando la persona sufre una enfermedad crónica, que es lo más habitual, como difícilmente se puede hablar de curación, se opta por agotar el máximo del tiempo previsto en la medida, con lo cual no es descabellado pensar que si se hubiese aprobado la reforma los internamientos de por vida se convertirían en la regla general.

[17] Tiene razón Ferrajoli al afirmar que la "duración indeterminada y la ausencia de toda garantía relativa al momento en que han de cesar representan sin duda, el aspecto más vejatorio de las medidas de seguridad personales". FERRAJOLI, Derecho y Razón, Trotta, 5ª edición, Madrid 2001, pp. 781 y 782.

[18] En relación a las críticas acabadas de formular al contenido que se le quería dar al artículo 98.3, vid. BARRIOS FLORES, El Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012. Incidencia sobre infractores penales con anomalías o alteraciones psíquicas, pp. 5 y 6; BOLDOVA PASAMAR/ GARCÍA MARTÍN/ALASTUEY DOBÓN, Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, de medidas de seguridad, de consecuencias accesorias y de responsabilidad civil derivada del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 172 y 173.

medida privativa de libertad para imponer, en caso de resultar necesaria, otra restrictiva de la misma, una medida de libertad vigilada. Otra opción sería, en caso de que el sujeto continuase siendo peligroso después de alcanzar el plazo máximo de privación de libertad, ponerle a disposición de la jurisdicción civil.

IV. EL LUGAR DE INTERNAMIENTO

En el artículo 98 del Código Penal, tal y como he avanzado, se establece que la medida de internamiento aplicable a sujetos a quienes se les ha reconocido una anomalía o alteración psíquica y que cumplen los demás requisitos para ello, deberá cumplirse en un "establecimiento adecuado", y como también he indicado, no se aclara si ese establecimiento debe ser un centro penitenciario u otro ubicado en el seno de la comunidad, o si debe ser público o privado. Sin embargo, si se analizan los artículos 7.c) y 11.b) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, los artículos 183 y 184.b) del Reglamento Penitenciario y el artículo 21 del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, parece que el lugar de cumplimiento son los establecimientos especiales, y más concretamente los establecimientos o unidades psiquiátricas penitenciarias. No obstante, no es menos cierto que el hecho de decirse que el ingreso se producirá en un establecimiento adecuado permite, según el autor acabado de citar,

> "flexibilidad en cuanto al destino de los pacientes en un establecimiento acorde a su necesidad de tratamiento, no necesariamente 'psiquiátrico'. Es decir, permitiría —al menos teóricamente— destinar a dichos pacientes a establecimientos acordes a su estado (netamente hospitalarios en algunos casos, sociosanitarios en otros)"[19].

Es más, en opinión de este funcionario del Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias y profesor universitario:

> "bajo la cobertura de la noción de 'establecimiento adecuado', en el momento presente, es posible el cumplimiento de medidas de seguridad privativas de libertad en establecimientos de preventivos (art. 8.1 LOGP), favoreciendo con ello la reinserción al no alejar al paciente recluso de su entorno social y familiar e incluso es factible en la actualidad el cumplimiento de dichas medidas en establecimientos polivalentes, es decir en establecimientos penitenciarios que cumplen los diversos fines previstos en los arts. 7-11 LOGP (art. 12.1 RP), entre los que se encuentran los fines propios de centros psiquiátricos [art. 11.b) LOGP]" [20].

Y a lo anterior el citado especialista añade lo siguiente:

> "La posibilidad del cumplimiento en centros ordinarios polivalentes, en los que por supuesto han de garantizarse 'en igualdad de condiciones, los servicios generales y las prestaciones adecuadas a los fines específicos a los que vengan destinados y a los generales del sistema penitenciario' (art. 12.2 RP) tiene asimismo el respaldo 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

[19] BARRIOS FLORES, El Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012. Incidencia sobre infractores penales con anomalías o alteraciones psíquicas, p. 3.
[20] Ibidem.

de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas y de la Instrucción 19/2011, de 16 de noviembre, del Director General de Coordinación Territorial y Medio Abierto, de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, sobre el cumplimiento de las medidas de seguridad competencia de la Administración Penitenciaria (apartados 2 y 3)"[21].

En cualquier caso, a pesar de lo dicho, no debería descartarse el cumplimiento de la medida de internamiento fuera de prisión. En el artículo 20 del Real Decreto arriba citado consta que las medidas de seguridad se cumplirán en los centros adecuados, públicos o concertados de las administraciones públicas competentes por razón de la materia y del territorio, lo cual abre la puerta a que el tratamiento se reciba en un hospital o establecimiento dependiente de los servicios de salud comunitarios y, de hecho, en el criterio 51 de la XII reunión de Jueces de Vigilancia Penitenciaria de 2003 se decía que se debería dar preferencia a la utilización de los servicios comunitarios sobre los específicamente penitenciarios y limitar en la mayor medida posible el internamiento en unidades u hospitales psiquiátricos penitenciarios. Aunque debe advertirse que ésta no es más que una declaración de buenas intenciones, puede recibirse tratamiento fuera de la prisión y a veces se hace así, siendo el juez o tribunal sentenciador quien debe decidir el lugar de ingreso teniendo en cuenta criterios de profesionalidad, racionalización y optimización de recursos.

Sin embargo, a pesar de que no sólo se puede sino que debe procurar el cumplimiento de la medida de internamiento fuera de prisión, por las razones que a continuación apuntaré, ello sucede muy excepcionalmente. En la mayoría de los casos se produce el internamiento en un hospital psiquiátrico penitenciario, debido a que la Administración Sanitaria competente no proporciona recursos alternativos. No importa, por tanto, que allí los enfermos no estén mejor atendidos. Y no lo están, entre otras rones porque dichos centros no dejan de ser una cárcel.

V. LOS PROBLEMAS DE LOS HOSPITALES PSIQUIÁTRICOS PENITENCIARIOS (O POR QUÉ DEBEMOS BUSCAR ALTERNATIVAS A LOS MISMOS)

Son diversos e importantes los problemas que presentan los hospitales psiquiátricos penitenciarios, los cuales deberían ser tenidos en cuenta a la hora de decidir cuál tiene que ser el destino a dar a un sujeto con una anomalía o alteración psíquica al que se le ha impuesto una medida de internamiento privativa de libertad. No son los abolicionistas radicales sino los expertos los que desaconsejar que se intente la

[21] Ibidem.

curación o la mejora de las personas con una enfermedad mental recurriendo a su internamiento en un centro de la clase referida[22]. De hecho, está probado que de éste, por las propias condiciones del encarcelamiento, surgen nuevas patologías mentales o se agravan las existentes. Además, es más probable que pase así si el internamiento se ejecuta en régimen cerrado que si se hace en régimen abierto.

Tampoco puede pasarse por alto que existen muy pocos establecimientos de la dicha clase. Sin contar la Unidad Hospitalización Psiquiátrica Penitenciaria Brians I – pues está en Cataluña, y ésta, según determina el artículo 168 de su Estatuto de autonomía, relativo al sistema penitenciario, tiene competencia en materia de ejecución de la legislación penitenciaria–, en el resto del Estado hay otros dos hospitales psiquiátricos penitenciarios, uno en Sevilla y otro en Alicante, y de éstos dos únicamente el de Alicante admite a mujeres. Y siendo así, resulta imposible dar cumplimiento al artículo 191.2 del Reglamento Penitenciario, a tenor del cual que la Administración Penitenciaria debe procurar que la distribución territorial de las instalaciones psiquiátricas penitenciarias favorezca la rehabilitación de los enfermos a través del arraigo en su entorno familiar, mediante los correspondientes acuerdos y convenios con las Administraciones sanitarias competentes. Hay personas internadas a cientos de kilómetros del lugar de residencia habitual de la familia, lo cual puede repercutir negativamente en su tratamiento médico y provocar el deterioro de los vínculos con los miembros de su entorno. Ello también afecta a los familiares, pues además de no ser lo mismo acudir a visitar a un pariente a un centro socio-asistencial que ir a una prisión, para poder hacerlo tienen que recorrer distancias muy largas.

A pesar de la importancia de los mismos, a estos inconvenientes no se hace mención en el informe de 2010 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias sobre los hospitales psiquiátricos dependientes de la Administración Penitenciaria española, esto es, sobre los hospitales psiquiátricos penitenciarios de Sevilla y Alicante. Pero sí se hace referencia a otros problemas, tanto estructurales como de funcionamiento, los cuales se han ido agravando progresivamente en los últimos años.

De los detectados en ambas instalaciones, los principales problemas de tipo estructural parecen ser tres: 1) la sobrepoblación; 2) una estructura orgánica inapropiada, más penitenciaria que sanitaria, unida a una cierta indefinición de

[22] La internación psiquiátrica es un extremo dentro del curso de un tratamiento actual reservado para períodos de crisis.

funciones en los profesionales; y 3) las dificultades objetivas para reclutar el personal técnico necesario, particularmente graves en algunas categorías profesionales[23].

En relación al problema de la sobrepoblación, debe hacerse constar, en primer lugar, que ya en 2001[24] el Defensor del Pueblo denunció que en los centros psiquiátricos penitenciarios existían graves problemas de masificación y que miles de enfermos mentales se encontraban allí almacenados tras la comisión, en ocasiones, de pequeños delitos, y era así a pesar de que, al resultar insuficientes los dos únicos establecimientos existentes para las necesidades de todo el país, muchos de los sujetos declarados inimputables o semiimputables acababan ingresados en prisiones ordinarias, dado que no se habían dotado de las Unidades Psiquiátricas a las que hacía referencia el por aquel entonces nuevo Reglamento Penitenciario[25]. Además, los de la masificación y el hacinamiento son problemas que no se han ido solucionando con los años, sino todo lo contrario. Prueba de ello es, por ejemplo, que en 2007 CÁCERES GARCÍA[26], jurista del Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Alicante, denunciaba la persistencia de estos inconvenientes o que en el informe de 2010 de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias antes citado se advertía que entre el año 2000 y el 2010 los hospitales psiquiátricos penitenciarios habían duplicado prácticamente su población. En este incremento tuvo mucho que ver el que la reforma de la psiquiatría comunitaria que

---

[23] SECRETARIA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, Hospitales Psiquiátricos dependientes de la Administración Penitenciaria. Propuesta de acción, pp. 11 y 12. Informe disponible en: http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/bEpidemiologicos/PROPUESTA_DE_ACCIxN_HOSPITALES_PSIQUIxTRICOS_PENITENCIARIOS.pdf. Fecha de consulta: 25 de agosto de 2015.

[24] DEFENSOR DEL PUEBLO. Informe anual 2001 y debates en las Cortes Generales, pp. 190 y ss. Disponible online: https://www.defensordelpueblo.es/wpcontent/uploads/2015/05/INFORME2001 informe.pdf

En este informe se destacaba como la atención psiquiátrica penitenciaria, en general, se desarrollaba prioritariamente dentro de los propios centros penitenciarios por los servicios facultativos de estos centros, y que cuando se trata de psicosis orgánicas se llevaba a cabo un tratamiento basado casi en exclusiva en la dispensación de fármacos. También se denunciaba la carencia de equipos especializados, y, en general, el déficit de prestación en el ámbito de la sanidad psiquiátrica. Como consecuencia de lo anterior, se advertía que eran frecuentes las quejas sobre dificultades para el ingreso de pacientes en centros adecuados, incluso en supuestos en los que los especialistas médicos han determinado la urgente necesidad de tal medida.

[25] BOBES GARCÍA/MARTÍNEZ CORDERO, Asistencia psiquiátrica en los Centros Penitenciarios españoles: Otra asignatura pendiente, Revista Española De Sanidad Penitenciaria, vol. 3, núm. 3, 2001. Este trabajo puede consultarse íntegro online en: http://www.sanipe.es/OJS/index. php/RESP /article/view/214/477. Fecha de consulta: 25 de agosto de 2015. Además, se advertía que aunque la asistencia de estos pacientes, en teoría descansaba en psiquiatras pertenecientes al cuerpo técnico de Instituciones Penitenciarias, por diversos motivos, este grupo de especialistas funcionarios era más bien escaso, y, en la práctica la asistencia real de estas patologías recaía sobre médicos generales. Aunque, desgraciadamente, la asistencia por parte del psiquiatra quedaba desierta durante temporadas de 4 o 6 meses en algunas prisiones.

[26] CÁCERES GARCÍA, Las medidas de seguridad en centro psiquiátrico penitenciario: del fraude a la crueldad innecesaria, en Estudios de derecho judicial, núm. 127, 2007.

durante dicho periodo cerró la mayoría de los recursos asilares no fue acompañada de una alternativa asistencial adecuada a un gran número de enfermos crónicos, los cuales han sufrido una transinstitucionalización, pasando de las instituciones psiquiátricas a las penitenciarías, es decir, los psiquiátricos penitenciarios se han ido convirtiendo en los sustitutos a los antiguos manicomios[27]. Esto, el que en las dichas instalaciones predomine el criterio judicial de ingreso y de alta, la falta de coordinación con los jueces para alzar, suspender o sustituir las medidas cuando se da una mejoría en los pacientes[28], la inadecuada derivación que se produce en demasiadas ocasiones de pacientes a hospitales psiquiátricos penitenciarios[29], y la ausencia de recursos en la comunidad donde acoger a estos enfermos explica, por tanto, que aquéllos superen su capacidad máxima[30]. La superaba entonces y la supera en la actualidad.

El informe del Defensor del Pueblo del año 2013 se hizo eco, con ocasión de la visita realizada ese mismo año al Centro Penitenciario Sevilla II por la Defensora del Pueblo y el Defensor del Pueblo Andaluz[31], de que los presos que sufren enfermedades mentales ya no reciben asistencia psiquiátrica en ninguna de las prisiones de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Por ello, a falta de psiquiatras, los médicos de las prisiones debían ocuparse ahora de todos los problemas de salud de la población reclusa, pese a la correspondiente diferencia de la habilitación asistencial existente entre ambos grupos de profesionales. Pero, a pesar de que, como observamos en el informe del Defensor correspondiente al año 2014, durante dicho año estaba previsto que se llevaran a cabo actuaciones de reforma en la mayoría de centros penitenciarios, también en el Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Alicante, que no debemos olvidar que ante

[27] SECRETARIA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, Hospitales Psiquiátricos dependientes de la Administración Penitenciaria. Propuesta de acción, pp. 10, 11 y 12, notas 7, 12, 13 y 15.

[28] Así lo denuncia CÁCERES GARCÍA**,** Las medidas de seguridad en centro psiquiátrico penitenciario: del fraude a la crueldad innecesaria, p. 6.

[29] Se podrían y deberían evitar muchos ingresos en hospitales psiquiátricos penitenciarios y, de hecho, en no pocas ocasiones se produce una derivación inadecuada. Alrededor del 30% de los pacientes internados en dichos centros tienen un perfil clínico que no se beneficia de su estancia en los mismos. Vid. **SECRETARIA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS**, Hospitales Psiquiátricos dependientes de la Administración Penitenciaria. Propuesta de acción, p. 16.

[30] La capacidad máxima del hospital psiquiátrico penitenciario de Alicante es de 371 camas y la del de Sevilla de 158, siendo la ocupación media en 2009 del 105% en el primero y del 117% en el segundo. Vid. SECRETARIA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, Hospitales Psiquiátricos dependientes de la Administración Penitenciaria. Propuesta de acción, pp. 11 y 15. Únicamente se tienen en cuenta las camas residenciales. Las camas de agudos e ingresos no están contabilizadas.

[31] Cabe destacar también las denuncias del defensor del pueblo andaluz en el año 2013 sobre la insuficiencia de recursos materiales y personales, en: Informe especial al parlamento. DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, La situación de los enfermosmentales en Andalucía, abril de 2013, pp. 326 y ss. Disponible online: http://www.defensordelpuebloandaluz.es/sites/default/files/INFORME_SALUD_MENTAL_DPA.pdf

las denuncias por parte del Juez de Vigilancia Penitenciaria de Alicante y la Plataforma en Defensa de los Servicios Públicos en Salud Mental, de los problemas de masificación y de falta de Seguridad, el Defensor del Pueblo abrió una investigación en el año 2006[32], parece que las reformes no se han producido, y que como expresamente se destaca en el informe: "La elevación de la tasa de reposición de funcionarios de Instituciones Penitenciarias del 10% al 50% en los Presupuestos Generales del Estado para 2015 es positiva, pero podría ser insuficiente[33]".

Por otra parte, relacionado con la estructura orgánica, se detectan una estructura organizativa y directiva mejorable y no pocas dificultades para conjugar lo asistencial con lo custodial. Es más, el que el perfil del personal tanto custodial como asistencial sea el mismo que en los centros penitenciarios ordinarios (a pesar de que la formación adecuada a la función a realizar en el personal de servicio de todo psiquiátrico es fundamental para el éxito del tratamiento), el que la organización y la arquitectura de las instalaciones sea similar a las de las prisiones, la cultura del trabajo, los horarios, la proporción interno-cuidador, la escasez de personal asistencial especializado y la dependencia de Instituciones Penitenciarias hace prevalecer una cultura custodial sobre la asistencial. Las funciones de seguridad, vigilancia y control están más presentes que las de rehabilitación y tratamiento[34].

Y por lo que respecta a las carencias de personal especializado, se critica que faltan terapeutas ocupacionales, auxiliares de clínica y celadores. También faltan psiquiatras, déficit éste que es crónico y no tiene fácil solución. Ello no sólo depende de que la administración competente oferte nuevas plazas, pues estos especialistas han de querer trabajar en un hospital psiquiátrico penitenciario, y no todos quien hacerlo ya que fuera del ámbito penitenciario reciben una remuneración superior y, además, pueden obtener el reconocimiento de la compatibilidad para el ejercicio particular de su profesión[35]. La falta de personal dificulta la aplicación eficiente de nuevos programas y

[32] DEFENSOR DEL PUEBLO. Informe anual 2006 y debates en las Cortes Generales, de 31 de diciembre de 2006, p. 100.
[33] DEFENSOR DEL PUEBLO. Informe anual 2014 y debates en las Cortes Generales, de 16 de marzo de 2014, p. 169.
[34] Ibidem., pp. 12, 16, 18 y 19.
[35] Ibidem, pp. 16 y 17.

terapias y las únicas que compensan el abandono de las instituciones son algunas ONGs[36].

Es importante tener en cuenta, asimismo, y por último, que la masificación actúa como factor empobrecedor de la calidad de las labores de los profesionales que allí trabajan y esto, aparte de que supone un elemento de gran quemazón para todo el personal, tanto para los que realizan labores asistenciales como para los encargados de la seguridad, repercute de manera negativa de la recuperación de los sujetos que han sido allí ingresados para recibir tratamiento[37]. También repercute sensiblemente en la calidad asistencial y en la continuidad la existencia de unos regímenes de turnicidad en el horario laboral sin configuración específica para las características de los centros, y a ello todavía cabe sumar otro problema, que es la inexistencia de ningún profesional que haga de tutor de cada paciente, que se convierta en un referente para éstos y realice un seguimiento personalizado de su plan individual de tratamiento[38].

VI. REFLEXIÓN FINAL

Anoche, cuando terminé de redactar las líneas que anteceden a esta reflexión final, vi un excelente documental de Francesco CORDIO sobre los manicomios en Italia. El título del documental es "El estado de la locura" y la moraleja era lo intolerable que resulta tratar a los miles de pacientes allí internados como si de presos se tratase. Me gustaría recomendar el film a todos los asistentes a este congreso, pues téngase en cuenta que a pesar de que los sujetos a los que se les impone una medida de seguridad privativa de libertad consistente en internamiento psiquiátrico necesariamente han tenido que cometer un hecho tipificado como delito, no dejan de ser personas enfermas y como tales han de ser tratadas.

Los hospitales psiquiátricos penitenciarios no dejan de ser cárceles y que éstas resultan del todo antiterapéuticas está más que demostrado. Prescindamos de dichos centros, y en la medida de lo posible del internamiento en sí. Debería procederse de acuerdo con lo previsto en el artículo 20 de la Ley General de Sanidad, en cuyo contenido quiero insistir, pues dice lo siguiente: "la atención a los enfermos mentales

[36] ORDÓÑEZ, La asistencia psiquiátrica preventiva evitaría gran parte de los delitos cometidos por personas con enfermedad mental, en Hoppes, núm. 9, 2015. Este trabajo puede consultarse online en: https://hoppes9revista.wordpress.com/2012/02/05/la-puerta-giratoria-del-hospital-psiquiatrico_penitenciario/ Fecha de consulta: 25 de agosto de 2015.

[37] SECRETARIA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, Hospitales Psiquiátricos dependientes de la Administración Penitenciaria. Propuesta de acción, p. 17.

[38] Ibidem, p. 19.

debe realizarse en el ámbito comunitario potenciando recursos asistenciales a nivel ambulatorio y la atención a domicilio, reduciendo la necesidad de hospitalización".

Cuánta razón tenía Don Quijote cuando a su escudero decía:

> "La libertad, Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad. Así como por la honra se puede y debe aventurar la vida, y, por el contrario, el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los hombres".

Los locos no son los sujetos encerrados en hospitales psiquiátricos penitenciarios sino quienes se empeñan en hacernos creer que los mismos los más idóneos para el tratamiento de la enfermedad mental. Aparte de las muchas críticas formuladas y recogidas en este trabajo, no puede olvidarse que no sólo se trata de curar o al menos estabilizar a las personas allí ingresadas para que dejen de ser peligrosas, sino también, y muy importante, de procurar su reinserción social, y una de las consecuencias todavía no apuntada que tiene haber estado internado en un centro de esa clase es el de la estigmatización. En palabras de GONZÁLEZ ÁLVAREZ:

> "El estigma (marca o señal infamante) ligado a la etiqueta diagnóstica o a la estancia en instituciones psiquiátricas depara graves consecuencias para los sujetos, principalmente exclusión social y restricción o negación de la ciudadanía"[39].

VII. BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, Medidas de seguridad, en Álvarez García (Dir.), Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

BARRIOS FLORES, El Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012. Incidencia sobre infractores penales con anomalías o alteraciones psíquicas, Diario La Ley, 3 de abril de 2013, Año XXXIV

BOBES GARCÍA / MARTÍNEZ CORDERO, Asistencia psiquiátrica en los Centros Penitenciarios españoles: Otra asignatura pendiente, Revista Española De Sanidad Penitenciaria, vol. 3, núm. 3, 2001

BOLDOVA PASAMAR / GARCÍA MARTÍN / ALASTUEY DOBÓN, Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: el sistema de penas, de medidas de seguridad, de consecuencias accesorias y de responsabilidad civil derivada del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012

CÁCERES GARCÍA, Las medidas de seguridad en centro psiquiátrico penitenciario: del fraude a la crueldad innecesaria, en Estudios de derecho judicial, núm. 127, 2007

COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, Derecho Penal. Parte General, Tirant lo Blanch; Valencia, 1999

DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ, La situación de los enfermos mentales en Andalucía. Informe especial al Parlamento. Abril de 2013. Disponible online: http://www.defensordelpuebloandaluz.es/sites/default/files/INFORME_SALUD_MENTAL_DPA.pdf

DEFENSOR DEL PUEBLO, Informe anual 2001 y debates en las Cortes Generales. Disponible online: https://www.defensordelpueblo.es/wpcontent/uploads/2015/05/ INFORME2001informe.pdf

FERRAJOLI, Derecho y Razón, Trotta, 5ª edición, Madrid 2001

GARCÍA PÉREZ, La racionalidad de la proporcionalidad en sistemas orientados a la prevención especial, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 9, septiembre, 2007

[39] GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Enfermedad mental, estigma y legislación, Revista AEN, núm. 104, 2009.

GOFFMAN, Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates, Doubleday, New York, 1961. Esta obra puede consultarse en castellano: Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales, Amorrortu, Buenos Aires, 1970

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Enfermedad mental, estigma y legislación, Revista AEN, núm. 104, 2009

MONTEIRO SANTANA GARCÍA, La Medida de Seguridad por Tiempo Indeterminado como Forma de Violación de la Dignidad de los Enfermos Mentales en Brasil, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2011

MORALES PRATS, Art. 20.1. Código Penal, en QUINTERO OLIVARES, G, Comentarios al nuevo Código Penal, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2005

ORDÓÑEZ, La asistencia psiquiátrica preventiva evitaría gran parte de los delitos cometidos por personas con enfermedad mental, en Hoppes, núm. 9, 2015

QUINTERO OLIVARES, Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código Penal, en La Reforma Penal y Penitenciaria, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1980

ROXIN, Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad, en Determinación judicial de la pena, Julio B. J. Maier compilador, Ed. Del Puerto, Buenos Aires. 1993

SECRETARIA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, Hospitales Psiquiátricos dependientes de la Administración Penitenciaria. Propuesta de acción, Informe disponible en: http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/ default/datos/descargables/bEpidemiologicos/PROPUESTA_DE_ACCIxN_HOSPITALES_ PSIQUIxTRICOS_PENITENCIARIOS.pdf

TAPIA BALLESTEROS, P., Las medidas de seguridad. Reformas más recientes y últimas propuestas, Revista Jurídica de Castilla León, núm. 32, 2014

* * * * * *

María del Carmen de León Jiménez

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Socia de la FICP.

~Los establecimientos penitenciarios en España~

Resumen.- Este trabajo versa sobre los establecimientos penitenciarios en España. En una primera parte, se hace una introducción y se define el concepto de régimen penitenciario, y en una segunda parte, se señalan los diferentes tipos de establecimientos penitenciarios existentes en España, analizando cada uno de las modalidades.

Palabras claves.- Penitenciario, establecimientos, régimen, especiales, preventivos.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema penitenciario español ha experimentado en las últimas décadas un cambio radical de orientación y concepto, paralelo a la evolución de la sociedad española. El gran acontecimiento que ha propiciado esta transformación ha sido la aprobación de la Constitución Española de 1978, que desde entonces ha inspirado profundos cambios tanto en la legislación penal como en el tratamiento de los reclusos y en las condiciones de las prisiones.

Por régimen penitenciario se entiende el conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención y custodia de los reclusos. Las funciones regimentales de seguridad, orden y disciplina son medios para alcanzar los fines indicados, debiendo ser siempre proporcionadas al fin que persiguen, y no podrán significar un obstáculo para la ejecución de los programas de tratamiento e intervención de los reclusos. Las actividades integrantes del tratamiento y del régimen, aunque regidas por un principio de especialización, deben estar debidamente coordinadas[1].

II. ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

1. Concepto

El art. 7 LOGP clasifica los establecimientos penitenciarios en: preventivos, de cumplimiento y especiales. A su vez, estos últimos se dividen en: hospitalarios, psiquiátricos y de rehabilitación social (art. 11 LOGP).

Seguidamente la LOGP determina los fines que cumple cada uno de dichos establecimientos, así en los arts. 12 a 14 se establecen las condiciones generales que

[1] Art. 71 LOPJ y art. 73 RP

debe cumplir todo establecimiento penitenciario y en los arts. 8 a 11 se disponen las peculiaridades esenciales de los diferentes tipos de establecimiento. A su vez, el RP regula en los arts. 10 a 14 las condiciones generales de los establecimientos y en los arts. 73 a 98 el régimen de vida o normas de convivencia de cada uno de ellos.

El art. 10.1 LOGP define el establecimiento penitenciario como: una entidad arquitectónica, administrativa y funcional con organización propia. Por su parte, el art. 10.1 RP reproduce lo anterior, y añade en su ap. 2 que: Los establecimientos estarán formados por unidades, módulos y departamentos que faciliten la distribución y separación de los internos.

En definitiva, las condiciones generales que debe reunir todo establecimiento penitenciario quedan concretadas en:

1º.- Los establecimientos estarán formados por unidades, módulos u departamentos a efectos *de facilitar la distribución y la debida separación de los internos.*

• El RP[2] prevé la idea de establecimiento polivalente concebido como aquel que puede albergar diversos regímenes: ordinario, cerrado, abierto, es decir, hacer posible que todos los grados penitenciarios puedan cumplirse en el establecimiento originario con sólo variar de unidad regimental.

2º.- *Todos deberán contar con las necesarias dependencias y servicios a efectos de lograr una convivencia ordenada, para ello dispondrán de locales adecuados para la prestación de tales servicios y la realización de las actividades programadas*[3]

3º.- El sistema penitenciario está orientado por el principio celular, es decir, un interno por celda, salvo que ésta permita, por su capacidad, la presencia de más de uno, en cuyo caso, se podrá compartir, siempre que el interno así lo solicite y no existan razones de tratamiento, médicas, de orden o de seguridad que lo desaconsejen.

---

[2]Art. 12 RP: *1. Se entiende por establecimiento polivalente aquel que cumple los diversos fines previstos en los artículos 7 a 11 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. 2. En los establecimientos polivalentes se deberá cuidar de que cada uno de los departamentos o módulos o unidades que los integren tengan garantizados, en igualdad de condiciones, los servicios generales y las prestaciones adecuadas a los fines específicos a que vengan destinados y a los generales del sistema penitenciario, y, en especial, el de la separación entre penados y preventivos.*

[3]Art. 13 LOGP establece que *deberán contar al menos con dormitorios individuales, enfermerías, escuelas, biblioteca, instalaciones deportivas y recreativas, talleres, patios, peluquería, cocina, comedor, locutorios individualizados, departamento de información al exterior y sala anejas de relaciones familiares.*

• Asimismo, temporalmente, cuando la población penitenciara exceda del número de plazas individuales disponibles se podrá albergar a más de un interno por celda. En los establecimientos especiales y abiertos podrá haber dormitorios colectivos, previa selección adecuada de los internos que los ocupen. El art. 12.2 LOGP establece que los establecimientos no deberán acoger a más de 350 internos por unidad; en relación con esto la STS 7 de mayo de 1996 (RJ 1996\4220) establece que esta norma no prescribe cuál debe ser la capacidad máxima de un establecimiento, sino más bien, establece un límite para unidad.

4º.- Los dormitorios y locales deben reunir las condiciones necesarias de habitabilidad y comodidad, reuniendo los medios materiales y personales necesarios para cumplir sus fines.

5º.- La ubicación de los establecimientos[4] ha de hacerse dentro de las áreas territoriales que la Administración designe, procurando que cada área cuente con el número suficiente de aquéllos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social.

• A este respecto las STS de 25 mayo 2011 (RJ 2011\4695) o de 14 octubre 2011 (RJ 2012\3468) han afirmado que dicha disposición tiene un carácter orientativo para la Administración Penitenciara, de modo que no puede interpretarse como un derecho subjetivo del interno a cumplir la condena en centros penitenciarios próximos a su domicilio o residencia habitual.

2. Clasificación de los establecimientos penitenciarios.

El artículo 7 de la LOGP dicta que los establecimientos penitenciarios tengan la siguiente clasificación:

- Preventivos
- Penados (primer, segundo y tercer grado)
- Especiales: - Hospitalarios
  - Psiquiátricos
  - Rehabilitación social

[4] Art. 12.1 LOGP

a) Establecimientos de preventivos.

Regulados en el artículo 8 de la LOGP[5]. Son centros de ámbito provincial que van a tener como finalidad la retención y custodia de detenidos y presos. Sólo de manera excepcional, según los arts. 8.1 LOGP y 96 ss. RP, podrán cumplirse en estos establecimientos las penas y medidas de seguridad que no excedan de seis meses. Tales centros pueden ser de tres clases: de mujeres, de hombres y de jóvenes. En la práctica lo que se hace es crear departamentos independientes para jóvenes y mujeres en los centros de las instalaciones penitenciarias para los hombres. Con carácter general el régimen de los detenidos y presos será el ordinario, aunque en determinadas circunstancias, como en casos de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta a este régimen ordinario, podrá acordarse la aplicación del régimen cerrado pero siempre a propuesta de la Junta de tratamiento y previa aprobación del Centro directivo.

b) Establecimientos de cumplimientos de penas

Los establecimientos penitenciarios de cumplimientos de pena son de tres tipos:

- Régimen ordinario
- Régimen abierto
- Régimen cerrado

1) *Régimen Ordinario*

Para los internos de segundo grado, a los penados sin calificar, a los detenidos y presos. El trabajo es la actividad básica. Además, tienen actividades voluntarias en horario que debe ser aprobado por el Consejo de Dirección, y que pueden ser de trabajo, cultura, deportivas, recreativas, etc., y otras obligatorias en el resto del horario, las que tienen relación con la vigilancia como el recuento, la disciplina, orden y limpieza, la seguridad, etc. que conllevan sanciones disciplinarias.

2) Régimen Abierto

Son los internos en tercer grado de tratamiento. Tiene un mayor grado de

[5]Art.8 LOGP *1 Los establecimientos de preventivos son centros destinados a la retención y custodia de detenidos y presos. También podrán cumplirse penas y medidas penales privativas de libertad cuando el internamiento efectivo pendiente no exceda de seis meses.*

2. En cada provincia podrá existir más de un establecimiento de esta naturaleza.

3. Cuando no existan establecimientos de preventivos para mujeres y jóvenes, ocuparán en los de hombres departamentos que constituyan unidades con absoluta separación y con organización y régimen propios

confianza, menos vigilancia, ya que son internos con escasa peligrosidad o con buen comportamiento. Se inspira en el principio de la auto-responsabilidad de los internos. La idea es conseguir una convivencia basada en el orden y en la disciplina, de forma que se suprimen los controles rígidos tales como formaciones, cacheos, requisas, intervención de visitas y correspondencia que puedan contradecir los principios que inspiran estos centros.

Los establecimientos abiertos pueden ser de tres clases:

Los Centros Abiertos o de Inserción Social: Son establecimientos penitenciarios dedicados a los internos de tercer grado de tratamiento. No obstante, este tipo de centros también están destinados al cumplimiento de las penas de arresto de fin de semana, así como al seguimiento de los liberados condicionalmente (art. 163 LORP). Su régimen de funcionamiento va a ser semejante a lo dispuesto con carácter general para el régimen abierto (art. 83 RP) y se encuentra específicamente regulado en el art 164 RP.

Las Secciones Abiertas: Son departamentos que van a existir dentro de los Centros Penitenciarios destinados a presos clasificados en tercer grado, preferentemente en régimen abierto restringido.

Las Unidades dependientes: Se trata de instalaciones ubicadas fuera del recinto del centro, preferentemente en viviendas ordinarias del entorno comunitario. Van a depender económica y administrativamente de éste, aunque los servicios de carácter formativo, laboral y tratamental van a ser gestionados de forma directa y preferente por asociaciones y organismos no penitenciarios.

Se van a destinar a estas unidades a los internos calificados en tercer grado que la Junta considere adecuados para que cumplan allí su tratamiento. En ese caso el interno debe aceptar expresamente la normativa y régimen de funcionamiento de estas unidades.

a. Régimen abierto ordinario

Este régimen se aplica a los penados clasificados en tercer grado que puedan continuar su tratamiento en régimen de semi-libertad, por lo cual este régimen está basado en la confianza que se deposita en el interno y la autorresponsabilidad del mismo, caracterizándose por la ausencia de controles rígidos y de obstáculos físicos contra la evasión. La finalidad de los centros de régimen abierto es la de prestar el

apoyo y asesoramiento necesario para fomentar la inserción social del penado calificado en tercer grado.

Los internos en este régimen, a diferencia del resto de penados, van a poder salir de los Establecimientos para desarrollar actividades laborales, formativas, familiares o de cualquier tipo destinadas a fomentar su resocialización. Estas salidas deben estar reguladas y planificadas por la Junta de Tratamiento, aunque con carácter general el tiempo de permanencia mínimo en el centro debe ser de ocho horas, aunque esta regla va a poder excepcionarse si el interno no acude al Centro a dormir, pero consiente en ser controlado mientras se encuentra fuera del mismo mediante medios telemáticos o cualesquiera que sean pertinentes.

b. Régimen abierto restringido

Como señala el art. 82 RP:

> en los casos de penados clasificados en tercer grado con una peculiar trayectoria delictiva, personalidad anómala o condiciones personales diversas, así como cuando exista imposibilidad de desempeñar un trabajo en el exterior o lo aconseje su tratamiento penitenciario, la Junta de Tratamiento podrá establecer la modalidad de vida en régimen abierto adecuada para estos internos y restringir las salidas al exterior, estableciendo las condiciones, controles y medios de tutela que se deban observar, en su caso, durante las mismas.

En estos casos, la Junta de Tratamiento ha de establecer la modalidad de vida adecuada, de acuerdo con las circunstancias del interno, restringiendo las salidas al exterior y estableciendo los controles, condiciones y medios de tutela que estime necesarios cuando salgan al exterior.

La modalidad de vida bajo este régimen tiene como finalidad fundamental ayudar al interno para que encuentre trabajo, o para que pueda contar con la acogida o el apoyo de alguna institución pública o privada en el momento de su puesta en libertad

3) Régimen cerrado

Los establecimientos penitenciarios de régimen cerrado van a tener un carácter excepcional debido a la peligrosidad de los internos que los ocupan. A este régimen podrá accederse en los supuestos en los que el penado se encuentre clasificado en primer grado por tratarse de los internos más peligrosos. (art 10 LOGP). Los sujetos a este régimen deberán cumplir condena en celdas individuales, además de verse limitadas para los mismos las actividades comunes con el resto de los internos y del mismo modo se verán sometidos a un mayor control y vigilancia, exigiéndose de

manera especial el acatamiento de unas medidas de seguridad que elabora el consejo de dirección, previo informe de la Junta de Tratamiento.

Dentro del régimen cerrado se establecen dos modalidades de régimen de vida, según se destine a los internos a módulos cerrados o a departamentos Especiales.

a. Módulos cerrados

Se destinarán a módulos cerrados a aquellos internos clasificados en primer grado que presenten una notoria inadaptación a los regímenes comunes, mientras que los penados que hayan inducido a alteraciones regimentales muy graves vana a ingresar en departamentos especiales, ya sea por poner en peligro la vida de otros presos o funcionarios o cualquier otra persona, dejando ver claramente su peligrosidad extrema (art. 91 RP).

En los módulos cerrados los internos van a disfrutar de un mínimo de cuatro horas diarias de vida en común, que van a poder aumentarse en tres horas más para la realización de actividades programadas.

b. Departamentos especiales

Se aplica a internos en caso de que evidencien una peligrosidad extrema. El art 93 RP dispone entre otras medidas que los internos disfrutarán como mínimo de tres horas diarias de salida al patio, que podrán ampliarse a tres horas más para el desarrollo de actividades programadas. Diariamente se realizarán registros de celdas y cacheos y en las salidas al patio no podrán permanecer nunca más de dos internos juntos, pero éste número puede aumentar a cinco para el desarrollo de actividades programadas.

c. Centros mixtos

Comparten las actividades los hombres y las mujeres, están diseñados para parejas e incluso con hijos en prisión. Tiene que haber unos requisitos: voluntariedad, no pueden ser condenados por delitos contra la libertad sexual y evaluación individual de la Junta de Tratamiento en cada caso.

c) Establecimientos para jóvenes

Son centros diseñados para jóvenes de hasta 21 años de edad, aunque en circunstancias especiales inherentes a la personalidad del recluso, la permanencia puede prorrogarse hasta los 25 años.

Se caracterizan por tener un carácter educativo intenso, para el que se adoptan métodos pedagógicos y psicopedagógicos en un ambiente que intenta asemejarse, en la mayor medida posible, al que vivirán los jóvenes cuando salgan en libertad.

Las condiciones del centro deben estructurarse de manera que permita garantizar el cumplimiento de cinco programas fundamentales:

1) ***Programas de formación instrumental y formación básica:*** Que intentan otorgar una formación general que le permita acceder a todos los niveles de enseñanza del sistema educativo.

2) ***Programas de formación laboral*:** del aprendizaje inicial para incluirle en el mercado de trabajo, como actualización, conversión o perfeccionamiento de una profesión u oficio.

3) ***Programas de formación para el ocio o la cultura*:** La finalidad es el aprovechamiento del tiempo libre con una finalidad educativa.

4) ***Programas de educación física y deporte:*** Que permita mejorar el estado de su organismo, liberar tensiones tanto físicas como psicológicas.

5) ***Programas de intervención:*** dirigidos a intentar solucionar situaciones como problemas psicológicos, de drogodependencia o cualquier otro tipo de facultad del interno para la integración social.

d) Unidades psiquiátricas penitenciarias.

Albergan a aquellos internos clasificados en tercer grado que requieran el sometimiento a un tratamiento específico de deshabituación a drogodependencias u otras adicciones, así como tratamiento educativo especial.

Estas unidades se van a encontrar fuera del Centro y por lo general la Administración va a utilizar instituciones tanto públicas como privadas. Con respecto a las Unidades psiquiátricas penitenciarias pueden integrarse fuera del centro o situarse en él, pero en todo caso según el art 191 RP su distribución territorial deberá favorecer la rehabilitación de los enfermos a través del arraigo en un entorno familiar.

Los internos que deberán ingresar en estos establecimientos son:

1) Los detenidos o presos con patología psiquiátrica.

2) Presos a los que se les ha aplicado una medida de seguridad o internamiento en un centro psiquiátrico.

3) Penados a los que con posterioridad a su ingreso en el centro se les ha diagnosticado una enfermedad mental y en atención a esta situación se decide la imposición de la medida.

Por la peculiaridad de los sujetos internados en estos centros se prevé en el art 178 RP la obligatoriedad de llevar a cabo un informe sobre el estado y evolución de los mismos cada seis meses. Se establece además la necesidad de separar a los internos dependiendo de la asistencia que requieran.

Las restricciones a la libertad personal de los pacientes se adoptarán en función de su salud y del tipo de tratamiento al que deba someterse. Las medidas coercitivas serán excepcionales y solo resultaran admisibles cuando sean acordadas por un facultativo y deberán durar el tiempo mínimo imprescindible previo al efecto del fármaco que se le suministre. En estos supuestos deberá ponerse en conocimiento de la autoridad judicial la adopción de esa clase de medidas.

BIBLIOGRAFÍA

FERNÁNDEZ GARCÍA, J., Manual de Derecho Penitenciario, Coordinadores BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I/ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. Madrid, 2001.

VICENTE DE GREGORIO, M, Cuestiones básicas de derecho penitenciario y de ejecución de penas privativas de libertad, Madrid, 2015.

* * * * * *

Prof. Dra. Margarita Roig Torres
Prof. Titular de Derecho Penal, Univ. de Valencia. Socia de la FICP.

~La regulación de la prisión permanente revisable como modalidad de suspensión~

I. INTRODUCCIÓN. VALORACIÓN GENERAL DE LA REFORMA

Sin duda, la principal reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, es la prisión permanente revisable, porque es la pena más dura que cabe en nuestro sistema constitucional, y por la novedad que supone, teniendo en cuenta que la cadena perpetua se reguló por última vez en el CP 1870, donde además se concedía el indulto a los 30 años.

Lo primero que llama la atención en esta nueva pena, como aspecto tangencial o secundario, es el nombre. En una entrevista que le hizo el periodista Jordi Évole al Ministro del Interior, el Sr. Jorge Fernández Díaz, le preguntó por la razón de llamarle así. El Ministro respondió que ese nombre no es tan inusual, que sí se utiliza y apuntó una frase tajante: "*la prisión permanente no tiene nada que ver con la cadena perpetua… y me apuesto un café* -dijo- *a que es constitucional"*[1].

Pero, normalmente, en los países europeos se habla de cadena perpetua, prisión perpetua o prisión indefinida, aunque es revisable y generalmente antes de lo que se prevé en nuestro Código.

Por otra parte, la afirmación de su constitucionalidad no es meridiana. De hecho, varios grupos políticos han planteado recurso de inconstitucionalidad contra la nueva pena. No hay que olvidar que el artículo 25.2 CE establece que "*las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social*". Y una norma de esta índole no figura en casi ningún ordenamiento, a excepción de Italia donde el artículo 27 de la Constitución dice también que las penas privativas de libertad deben estar encaminadas a la reeducación del condenado.

Por eso, en la Exposición de Motivos del Anteproyecto se dedica una parte importante a argumentar que la prisión permanente revisable no es contraria al fin resocializador. Se aduce también que existe en otras legislaciones y que ha sido confirmada por el TEDH.

[1] (https://www.youtube.com/watch?v=jCDAWikwm3w)

En el informe sobre el Anteproyecto que emitió el Ministro de Justicia (Sr. Ruiz Gallardón), justificó esta pena señalando que "*la prisión permanente revisable ha sido avalada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos* -TEDH-"[2]. También su sucesor, el Sr. Rafael Catalá, argumentó que el TEDH ha declarado esta medida compatible con el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos -CEDH-, que prohíbe las penas y tratos inhumanos o degradantes[3].

Sin embargo, la Corte Europea ha fijado condiciones importantes, fundamentalmente, que sea revisable y que se garantice al penado efectivamente una "*expectativa de liberación*".

Siguiendo con las cuestiones accesorias, antes de entrar en la regulación legal, hay algo que también llama la atención y que no encaja bien con la introducción de esta pena tan drástica. Me refiero a los índices de delincuencia que viene publicando el Ministerio del Interior. Los balances de criminalidad de los últimos años revelan un descenso generalizado de las infracciones penales: en 2011 se redujeron un 0´5% respecto al año anterior, en 2012 un 0´7 %, en 2013 un 4´3%, en 2014 un 3´6%, y en 2015 un 1´9[4]. En la presentación de estos documentos el Ministro destacaba que el índice de delitos en España es de los más bajos de la Unión Europea[5].

Asimismo, el porcentaje de asesinatos, que es el principal delito sancionado con prisión permanente, es también de los menores de nuestro entorno. Según informaba el propio Ministro, la tasa media en la Unión Europea es de 1,00 asesinato u homicidio consumado por cada 100.000 habitantes, mientras que en España es de 0,64[6].

Teniendo en cuenta estos datos, parece que no tiene mucho sentido la incorporación de la prisión permanente en estos momentos.

Para explicar las modificaciones adoptadas, en la Exposición de Motivos de la ley de reforma se insiste en la necesidad de fortalecer la confianza de los ciudadanos en la Administración de justicia, de proporcionar resoluciones judiciales que los ciudadanos perciban como justas, en definitiva, de endurecer el sistema penal. Sin embargo, en nuestro Código el límite máximo de estancia en prisión es suficientemente elevado,

---

[2] Informe de 14 de septiembre de 2012, (http://www.lamoncloa.gob.es).
[3] Diario *El País*, de 2 de febrero de 2015.
[4] (http//www.interior.gob.es).
[5] (http//www.lamoncloa.gob.es).
[6] (http://www.icndiario.com/2014/01/29/balance-de-la-criminalidad-en-espana-infracciones-penales-descienden-un-43).

hasta 40 años, cuando en Alemania, por ejemplo, es de 15 años. Además, en algunos casos cabe el cumplimiento íntegro si se aplican las reglas del artículo 78 CP.

Pues bien, finalmente, además de esa pena de prisión tan extensa se ha decidido adoptar la prisión permanente revisable y ahora la duda está en su adecuación desde el punto de vista constitucional. Como decía, en la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 se justifica señalando que es "*un modelo extendido en el Derecho comparado europeo que el TEDH ha considerado ajustado a la CEDH*". Por eso, me parece interesante conocer la postura de la Corte Europea, así como la regulación de la cadena perpetua en el Derecho alemán, que ha tomado como modelo nuestro legislador, y sobre todo las declaraciones de su Tribunal Constitucional.

II. LA POSTURA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA CADENA PERPETUA

El TEDH se pronunció sobre la cadena perpetua en la sentencia de 9 de julio de 2013, en el denominado "*caso Vinter*", aunque después comentaré otra posterior, donde la Corte llegó a una conclusión contraria a la mantenida en esta resolución.

Los recurrentes eran ciudadanos británicos que habían sido condenados a cadena perpetua por asesinato y alegaban que esa pena era contraria al artículo 3 CEDH que prohíbe las penas inhumanas o degradantes. Como consecuencia de esa demanda, el TEDH analizó la legislación de Inglaterra y Gales. En ella se prevén tres modalidades de prisión perpetua: la "Cadena perpetua por la comisión de segundos delitos tasados" (*Life sentence for second listed ofender)*, la "Cadena perpetua para la protección pública para delitos graves" (*Imprisonment for public protection for serious offences*), ambas para delitos violentos y sexuales, y la "Cadena perpetua obligatoria para los delitos de asesinato" (*Mandatory life sentence*).

Las dos primeras no son obligatorias, sino que el Tribunal puede decidir no imponerlas si no lo considera necesario. Además, en caso de acordarlas debe fijar el "periodo mínimo de cumplimiento" (o *tariff*) que es el tiempo que el penado debe permanecer en prisión antes de que se revise su condena para considerar su liberación bajo supervisión. Hay que decir que en este sistema si se excarcela al condenado se le somete a control durante toda su vida.

Pues bien, en la cadena perpetua obligatoria por asesinato antes se preveía también la obligación de revisar la pena a los 25 años. Sin embargo, a raíz de ciertos

cambios legislativos se omitió esta norma, de manera que el Juez puede, bien fijar un periodo mínimo de cumplimiento, o bien ordenar el internamiento de por vida y en este caso no se contempla ya ese deber de revisión. Esto fue lo que llevó al TEDH a declarar que esta pena de cadena perpetua era contraria al artículo 3 CEDH.

La Corte señala que la cadena perpetua no es en sí misma una pena inhumana o degradante. Ahora bien, para respetar el CEDH es necesario que sea revisable, *de modo que se puedan valorar los posibles cambios en la vida del penado y sus progresos hacia la resocialización, porque es posible que la prisión deje de estar justificada por estos motivos*. Además, en este punto declara algo importante. Aunque reconoce que es competencia de cada estado fijar el momento concreto de la revisión, señala que a su juicio se debería efectuar en un plazo no mayor de 25 años. Establece también que el penado tiene derecho a conocer desde el principio lo que debe hacer para que se considere su excarcelación y que se le debe garantizar una expectativa de liberación.

Atendiendo a estos argumentos el TEDH concluyó que la cadena perpetua obligatoria para los delitos de asesinato, prevista en Inglaterra y Gales, era una pena inhumana o degradante prohibida por el artículo 3 CEDH, en la medida en que no se preveía la necesidad de revisión cuando se ordenaba para toda la vida.

Sin embargo, como decía, más recientemente, en la sentencia de 3 de febrero de 2015, sobre el "*caso Hutchinson*", el TEDH se vuelve a referir a la cadena perpetua obligatoria por asesinato en la legislación británica y en esta ocasión la declara adecuada al artículo 3 CEDH.

La Corte reproduce lo dicho en el caso *Vinter*. Señala que es incompatible con la dignidad humana privar a una persona a la fuerza de su libertad sin perseguir su rehabilitación y sin darle la oportunidad de recuperar la libertad. La condena ha de ser legal y efectivamente revisable.

Sin embargo, después de esa sentencia de 2013 un órgano judicial británico, el Tribunal de Apelación inglés, se había pronunciado sobre la cadena perpetua obligatoria por asesinato cuando se acuerda de por vida. Y esto, a mi juicio, fue lo que llevó a la Corte Europea a una conclusión contraria a la adoptada en la resolución anterior al intentar respetar la soberanía de la jurisdicción nacional.

En el ordenamiento inglés hay una norma, el artículo 30 de la *Crime (Sentences) Act* 1997, que prevé que el Secretario de Estado podrá liberar a cualquier prisionero por

razones humanitarias. En el «Manual del condenado a cadena perpetua» de 2010, del Servicio de Prisiones, se establece que estas razones concurren cuando el penado sufre una enfermedad terminal, o cuando está incapacitado o parapléjico. Pues bien, el Tribunal de Apelación inglés interpretó esa disposición de un modo más amplio, determinando que el Secretario de Estado debe liberar al preso siempre que la continuación del internamiento convierta a la pena en inhumana o degradante. En realidad, esto mismo ya lo habían dicho otros tribunales británicos antes del caso *Vinter*, pero el TEDH entendió que esa norma no garantizaba lo suficiente la revisión.

En cambio, como la sentencia del Tribunal de Apelación inglés era posterior al caso *Vinter*, y señalaba que esta doctrina se debía tener en cuenta al interpretar la legislación inglesa, en el caso *Hutchinson* de 2015 el TEDH declara que la cadena perpetua obligatoria con una orden de por vida no viola el artículo 3 CEDH. En definitiva, da el visto bueno a una pena de prisión indefinida que carece de un plazo concreto de revisión.

III. DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN

El TC alemán (*Bundesverfassungsgericht)* examinó la cadena perpetua (*lebenslange Freiheitsstrafe*) regulada en el § 57 a StGB en la sentencia de 21 de junio de 1977. En este Derecho se prevé como pena obligatoria en el asesinato y el genocidio con muertes. Además, es facultativa en el homicidio grave, traición, abusos sexuales a menores, violación, y robo, cuando se ocasiona una muerte al menos por imprudencia. En estos casos, en lugar de la cadena perpetua, cabe imponer una pena de prisión no inferior a 10 años.

Ahora bien, la condena se revisa siempre a los 15 años, y la media de cumplimiento está en 19 años.

Para decidir si se suspende la ejecución se ha de atender a la "*gravedad de la culpabilidad*". Y esta entidad se valora a la vista del delito cometido y de la personalidad del autor. De acuerdo con la jurisprudencia, la culpabilidad tiene un peso especial (*Schuldschvere*) cuando el autor mata a varias personas, o si usa una especial brutalidad o ensañamiento con la víctima.

Además, resulta llamativo que para excarcelar al condenado es necesario que preste su consentimiento. De hecho hay penados que optan por seguir en prisión, lo que

evidencia que la cárcel en ocasiones tiene un efecto tan devastador que el interno no se siente capaz de salir en libertad y de adaptarse a la vida social.

Pues bien, el TC alemán señala que de acuerdo con la dignidad humana garantizada en el artículo 1 de la Ley Fundamental, es necesario que el condenado a cadena perpetua tenga la posibilidad de recobrar su libertad y que se mantenga su derecho a la resocialización. Concluye que la regulación de esa pena es adecuada a la Ley Fundamental puesto que el penado tiene una "*oportunidad concreta y realizable de recuperar su libertad en el futuro".*

IV. DECLARACIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

En España, el TC ha hecho algunas declaraciones respecto a la extradición, cuando la solicita un país para aplicar la pena de cadena perpetua, o para juzgar por un delito castigado con esta sanción.

En la STC 181/2004, de 2 de noviembre, señaló que "*la imposición de una pena de cadena perpetua puede vulnerar la prohibición de penas inhumanas o degradantes del art. 15 CE".*

No obstante, el propio TC ha considerado garantía suficiente para conceder la extradición, de acuerdo con la doctrina del TEDH, que en caso de imponerse dicha pena, su ejecución "*no sea indefectiblemente de por vida*", es decir, que sea revisable (STC 148/2004, de 13 de septiembre -F.J.9-).

Sin embargo, como puso de relieve el CGPJ en su Informe al Anteproyecto, en esta sentencia el TC se limitó a valorar la adecuación de la prisión indefinida a la luz del artículo 3 CEDH y del artículo 15 CE, que prohíben las penas inhumanas o degradantes. No entró a juzgar su compatibilidad con otros principios constitucionales, como el de resocialización.

V. PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

1. Justificación

En la Exposición de motivos de la LO 1/2015 se justifica la introducción de la prisión permanente revisable por "*La necesidad de fortalecer la confianza de los ciudadanos en la Administración de justicia, proporcionando resoluciones que estimen justas*". Además, se argumenta que con esta pena no se renuncia a la resocialización, en

la medida en que estará sujeta a revisión y señala que esta revisión no existe ni siquiera en las penas de 20, 30 o 40 años.

Pero el catálogo de delitos para los que se prevé ha variado sustancialmente desde el Anteproyecto, lo que refleja que no había unos supuestos claros para los que se estimara necesaria. En el texto inicial sólo se establecía para los homicidios y asesinatos terroristas (art. 572). En cambio, en el Proyecto se amplió considerablemente el número de delitos: asesinato, cuando la víctima sea menor de 16 años de edad, o una persona especialmente vulnerable, cuando el hecho siga a un delito contra la libertad sexual, o si el delito lo realiza quien pertenece a un grupo u organización criminal (art. 140); homicidio del Rey, la Reina, el Príncipe o la Princesa de Asturias (art. 485.1); asesinatos reiterados o en serie (art.572.2.1), homicidio del Jefe de un Estado extranjero, u otra persona protegida en un Tratado que se halle en España (art. 605.1); determinados genocidios (art. 607.1.1 y 2) y delitos de lesa humanidad (art. 607 bis, apartado 2) . Posteriormente, la LO 2/2015, de 20 de marzo, que modificó el Código penal en materia de terrorismo, aplicó de nuevo la prisión permanente a los homicidios terroristas (art. 573 bis), que se habían suprimido en el texto aprobado.

Por lo tanto, en este listado se advierte una influencia clara de algunos sucesos que crearon gran alarma social: el caso de Mari Luz, asesinada en 2008. En esta ocasión el padre de la víctima recogió firmas pidiendo la cadena perpetua. El de Marta del Castillo en 2009, que motivó la promesa del Presidente del Gobierno de cambiar la legislación, o el caso Bretón de 2011. Justamente, en el momento que se redactó el Proyecto estaban siendo excarcelados algunos conocidos delincuentes, con penas muy elevadas y que salían de la cárcel a anularse la doctrina "Parot". El "violador de la Vall d'Hebrón", condenado a 344 años de prisión por 17 violaciones, el "violador del portal", con 1721 años por 74 violaciones, o el "violador del ascensor", con 273 años por 2 asesinatos y 20 agresiones sexuales.

Posteriormente, en el texto remitido al Senado se modificó la justificación de esta pena aludiendo directamente a la demanda social. En la Exposición de Motivos se apunta igualmente a la finalidad de reforzar la confianza de los ciudadanos en la Administración de Justicia. Pero se añade que "con esta finalidad, siguiendo el modelo de otros países de nuestro entorno europeo, se introduce la prisión permanente revisable para aquellos delitos de extrema gravedad, *en los que los ciudadanos demandaban una pena proporcional al hecho cometido*". Por lo tanto, la alarma social y la demanda

ciudadana de "*mano dura*" contra determinados delincuentes marcan la hoja de ruta del legislador. No se tienen en cuenta las necesidades preventivas, que es lo que debe primar en Derecho penal de acuerdo con el principio de intervención mínima.

Por consiguiente, la prisión permanente revisable es una manifestación clara del ya consagrado como "*Derecho penal de la seguridad*", que ante todo busca tranquilizar a los ciudadanos, sacrificando principios básicos del modelo penal liberal, y especialmente el de intervención mínima. Pero como es obvio, el problema en este caso es que no se trata de un mero incremento de la pena en unos meses, o incluso en unos años, sino que se establece la posibilidad de mantener a una persona en prisión 35 años, o incluso durante toda su vida.

2. Regulación legal

En primer lugar, el artículo 33.2 CP califica la prisión permanente revisable como pena grave. Y el artículo 35 CP la clasifica como pena privativa de libertad.

Sin embargo, no cuenta con una normativa propia entre estas penas, a diferencia de la prisión y la localización permanente. Sólo hay una serie de reglas dispersas respecto al tercer grado, la libertad condicional y los permisos de salida, además de alguna especialidad en cuanto a la determinación de pena. En realidad, lo que se regula es la suspensión de su ejecución.

El artículo 36.1 CP hace una remisión al artículo 92 CP, disponiendo que la prisión permanente será revisada de acuerdo con este precepto. No obstante, el artículo 36 CP establece las normas para la clasificación en tercer grado y los permisos de salida.

Por lo tanto, el artículo 92 CP regula la suspensión de la prisión permanente y establece los requisitos y el periodo mínimo de cumplimiento para optar a ella.

Además, los artículos 36.1 y 92 CP se complementan con el artículo 78 bis CP, donde se contempla un periodo de cumplimiento de hasta 35 años en determinados supuestos graves de concurrencia de delitos.

En suma, pues, la prisión permanente revisable supone que hasta pasado un tiempo mínimo de 25, 30 o 35 años no se podrá liberar al sujeto, y transcurrido este tiempo se valorará si sigue siendo peligroso y si se entiende que no lo es se le concederá la libertad condicional, sometiéndolo a condiciones.

a) Régimen general

1) Presupuestos para conceder la suspensión

El artículo 92 CP establece los siguientes requisitos: que el penado haya cumplido 25 años, salvo lo dispuesto en el artículo 78 bis CP; que esté clasificado en tercer grado y, que exista un pronóstico favorable de reinserción social. Para efectuarlo el tribunal debe valorar ciertos factores[7], entre ellos, "los bienes que podrían verse afectados por una reiteración delictiva". Si se tiene en cuenta que esta pena se aplica sobre todo a delitos de asesinato, esto puede suponer que no se libere al penado al ser la vida de otros ciudadanos lo que podría peligrar.

2) Clasificación en tercer grado y permisos de salida

El artículo 36 CP dispone que el tercer grado no se podrá conceder hasta cumplir 15 años de prisión, y 20 años en delitos de terrorismo. Y los permisos de salida hasta los 8 años, y 12 años en delitos de terrorismo.

b) Artículo 78 bis CP

El artículo 78 bis CP aplica plazos más largos cuando se condena por varios delitos, si alguno de ellos está castigado con prisión permanente revisable y el resto suman más de 5 años. El periodo mínimo de cumplimiento oscila entre 25 y 30 años, y en los delitos de terrorismo y delincuencia organizada, entre 28 y 35 años. Y el plazo para obtener el tercer grado entre 18 y 22 años, y entre 24 a 32 años en esos delitos.

c) Reglas comunes

El artículo 92 CP establece unas normas aplicables tanto a los supuestos previstos en este precepto, como a los del artículo 78 bis CP: si se acuerda la excarcelación se establecerá un periodo de suspensión de 5 a 10 años y se impondrán condiciones y medidas de control. Para ello hay una remisión a los artículos 80, 83, 86, 87, y 91 CP.

No se entiende bien la remisión al artículo 80 CP, donde se establecen las circunstancias que el órgano judicial debe valorar para acordar la suspensión, siendo que el propio artículo 92 CP enumera las que ha de observar para realizar el pronóstico

[7] La personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, los bienes que podrían verse afectados por una reiteración delictiva, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas. Además, en los delitos de terrorismo se añaden condiciones específicas, semejantes a las del artículo 90 CP.

de peligrosidad, coincidentes en su mayoría con las del artículo 80 CP. No obstante, el artículo 92 CP alude a la "*personalidad del penado*", a diferencia del artículo 80.1 CP, en el que se modificó la redacción original y esa expresión se sustituyó por la referencia a las "*circunstancias personales*", un dato más objetivo y más adecuado a los principios de nuestro Derecho penal del hecho.

Además, tanto en el artículo 80 CP como en el artículo 92 CP se incluyen los "*antecedentes*" del penado como factor a considerar para la suspensión. Pero esta mención debería acotarse a los antecedentes penales, puesto que bajo esa cláusula amplia se podrían apreciar otros datos. De hecho, la reforma ha estado influida por el artículo 56 StGB, donde se aprecian para resolver la suspensión los "*antecedentes vitales*" del condenado y el Tribunal Supremo alemán ha estimado que cabe valorar datos como los delitos anteriores del sujeto aunque no haya recaído sentencia firme o la detención acordada por otra causa.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 86 CP deja de ser un requisito ineludible para mantener la suspensión que el reo no delinca durante el plazo fijado. De manera que incluso en caso de cometer un nuevo delito durante la suspensión el juez puede mantenerla si estima que el sujeto no es peligroso.

El artículo 92 CP dispone, además, que una vez extinguida la parte de la condena fijada en esta norma o en el artículo 78 bis CP, el tribunal deberá comprobar al menos cada 2 años el cumplimiento de los requisitos de la libertad condicional. Es decir, en caso de denegarse la suspensión deberá realizarse una nueva revisión como mínimo cada 2 años. De todos modos, si se considera que el sujeto no está preparado para salir en libertad después de cumplir 25, 30 o 35 años, veo difícil que esta decisión cambie en solo 2 años. Creo que con estas revisiones periódicas el legislador, en realidad, trata de garantizar la constitucionalidad de la pena[8].

VI. CONSIDERACIONES PERSONALES

A la vista de esta regulación, la nueva pena plantea dudas en cuanto a su conciliación con distintos principios constitucionales.

[8] No obstante, el penado podrá presentar nuevas peticiones de liberación antes de los dos años, aunque el órgano judicial puede fijar un plazo de hasta un año en el cual no cursará nuevas solicitudes.

1. Resocialización

En primer lugar, es cuestionable su adecuación al principio de resocialización del artículo 25.2 CE. De acuerdo con las normas señaladas una persona puede tardar 35 años hasta que se realice la primera revisión de su condena. Es decir, si ha ingresado con 18 años, cosa improbable por la tardanza de los procesos, no podrá obtener la suspensión antes de cumplir 43 años. Y si la revisión es a los 35, en el mejor de los casos saldrá con 53 años.

Me parece dudoso que con un horizonte tan lejano se cumpla el requisito fijado por el TEDH de garantizar al interno una "*expectativa de liberación*", o, como dice el TC alemán, una "*oportunidad concreta y realizable de recuperar su libertad en el futuro*".

Además, es difícil que una pena tan dilatada pueda orientarse a la resocialización. Hay que pensar que el sujeto es consciente del elevado número de años que ha de cumplir de manera efectiva y es muy probable que su predisposición a colaborar de cara a su reinserción social disminuya. De hecho, sabemos que muchos penados participan en los programas que se les ofrece en la prisión porque esa intervención se valora positivamente para la concesión de permisos de salida y de la libertad condicional.

Personalmente, creo que cuando se impone a alguien un tiempo de prisión de 25, 30 o 35 años, se está presumiendo que no es *reinsertable* y lo que se quiere es aislarlo el mayor tiempo posible para que no delinca.

2. Seguridad jurídica

Además, es dudosa la adecuación al principio de seguridad jurídica. Como he dicho, respecto a esta pena sólo hay una serie de normas dispersas, de modo que básicamente se regula como una modalidad de suspensión. Basta ver el siguiente esquema para advertir esa imprecisión:

→ Periodo mínimo de cumplimiento:

- supuestos generales: artículo 92.1 CP
- concursos: artículos 92.1 o 78 bis CP

→ Tercer grado:

- supuestos generales: artículo 36.1 CP
- concursos: artículos 36.1 o 78 bis CP
- enfermos y mayores de 70 años: artículo 36.3 CP

→ Permisos de salida:

- Artículo 36.1 CP

→ Suspensión de la ejecución:

- Artículo 92.3 CP

→ Revisiones periódicas:

- Artículo 92.4 CP

→ Determinación de pena:

- Artículo 70.4 CP

3. Proporcionalidad

Por otra parte, la aprobación de una pena de esta envergadura, con un plazo de revisión muy superior al de la mayoría de ordenamientos europeos, requiere un fundamento sólido respecto a su proporcionalidad.

Sin embargo, a diferencia de otros ordenamientos se establece como una pena preceptiva para determinados delitos, de modo que el órgano judicial no puede valorar la idoneidad de imponerla.

Además, si atendemos al catálogo de ilícitos que la conllevan, comprobamos que se aplica a supuestos de entidad dispar. Por ejemplo, se prevé cuando *el asesinato fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual,* y es evidente que no revisten la misma gravedad una agresión sexual y un acoso sexual.

Por otra parte, en el texto del Proyecto se justifica su introducción en la necesidad de aumentar la confianza en la Administración de justicia. Por consiguiente, se busca mejorar la opinión de los ciudadanos respecto al sistema judicial, proporcionándoles las sentencias que demandan, lo que se traduce en la imposición de penas más duras. Pero sabemos que la opinión pública está influida por los medios de comunicación y no se corresponde con los índices de delincuencia real. De manera que se acaba introduciendo una pena que roza lo inhumano para satisfacer a un grupo social que cree que la delincuencia es elevadísima por los sucesos que se emiten en los informativos. En la medida, pues, en que para adoptar esta nueva sanción han influido intereses ajenos a la tutela de bienes jurídicos esenciales, puede resultar vulnerando el principio de intervención mínima.

Precisamente, el TEDH en el caso *Stafford v. United Kingdom* de 28 de mayo de 2002, rechazó el argumento del Gobierno para mantener al condenado en prisión atendiendo a la opinión pública. Dice la Corte que la confianza pública en el sistema de

justicia penal no puede legitimar la continuación del encarcelamiento de un prisionero que ha cumplido el tiempo de castigo si ya no es peligroso para la comunidad.

Yo en alguna ocasión les he preguntado a los alumnos su visión sobre la prisión perpetua y les he planteado la tesis que mantenía Beccaría, en su célebre obra «De los delitos y de las penas» de 1764. En ella, el autor clásico afirmaba: "*No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas… La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible unido con la esperanza de la impunidad*". O sea, para él era más importante la certeza del castigo, es decir, que la justicia funcione, que quien va a delinquir piense que le van a detener y a juzgar, a la dureza y a la cuantía concreta de la sanción. Al preguntar a esos estudiantes si bastará para disuadir al delincuente amenazarle con una pena de prisión de 15 años en lugar de 10, aumentándola en el Código penal, la mayoría está de acuerdo con Beccaría, aunque muchos siguen manteniendo los conocidos argumentos de "si lo ha hecho que lo pague", "si ha matado, violado…, no se merece salir", etc. Con este elemental ensayo se pone de manifiesto la fragilidad del argumento preventivo y también la debilidad del respaldo social a ese aumento de las penas.

En conclusión, creo que el fundamento de la prisión indefinida es lo que se suele llamar "inocuización", es decir, el aislamiento del sujeto para que no delinca, dejando al margen el fin resocializador, por mucho que se insista en que este objetivo se mantiene.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, M.: Cadena perpetua y delitos contra la comunidad internacional (arts. 605.1, 607 y 607 bis), en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.): Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1357 ss.

ACALE SÁNCHEZ, M., en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.): Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 182 ss.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.: La nueva reforma penal de 2013, en Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, nº 6, 2014, pp. 14 ss.

ASENCIO MELLADO, J.M.: Cadena perpetua revisable. Una medida dudosamente constitucional, en Práctica de Tribunales, nº 70, 2010, p. 4.

BOLDÓ, G.: Prisión permanente revisable y falta de seguridad jurídica, en Diariojurídico de 7 de junio de 2013, (http//www.diariojuridico.com).

BONET ESTEVA, M.: 8 razones por las que la reforma del Código penal recorta las garantías de la ciudadanía, (http//www.eldiario.es).

BORJA JIMÉNEZ, E.: Reglas generales de aplicación de penas (arts. 66, 66 bis, 70 y 71), en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.): Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 281.

CANCIO MELIÁ, M.: La pena de cadena perpetua («prisión permanente revisable») en el Proyecto de reforma del Código penal, en Diario La Ley, nº 8175, 2013, (http//diariolaley.laley.es).

CARBONELL MATEU, J.C.: Prisión permanente revisable I (arts. 33 y 35), en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.): Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 217 ss.

CERVELLÓ DONDERIS, V.: Prisión permanente revisable II (art. 36), en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.): Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 225 ss.

CUERDA RIEZU, A.: La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 19 ss.

CUERDA RIEZU, A.: Inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable y de las penas muy largas de prisión, en Otrosí, nº 12, 2012, p. 31 ss.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A.: La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo, en Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 10, 2013, pp. 92 ss.

DEL CARPIO DELGADO, J.: La pena de prisión permanente en el Anteproyecto de 2012 de reforma del Código penal (1), en Diario La Ley, nº 8004, 2013, (http//diariolaley.laley.es).

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: Algunos rasgos de la delincuencia en España a comienzos del siglo XXI, en Revista Española de Investigación Criminológica, Artículo 1, nº 4, 2006, pp. 2 ss.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: Sucintas observaciones sobre algunas decisiones del Anteproyecto de reforma del Código penal de 2012, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.): Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 56.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L.: Prisión permanente revisable, Encuentro de jueces de vigilancia penitenciaria y fiscales (2014), en Cuadernos Digitales de Formación, Consejo General del Poder Judicial, nº 31, 2014, pp. 6 ss.

FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: Una propuesta revisable, en La Ley Penal, nº 110, 2014, pp. 5 ss.

FERNÁNDEZ GARCÍA, J.: Las penas privativas de libertad en la reforma de Gallardón: especial referencia a la prisión permanente revisable, en GORJÓN BARRANCO, M.C (Coord.)/PÉREZ CEPEDA, A.I. (Dir.): El Proyecto de reforma del Código penal de 2013, a debate, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 51 ss.

FISCHER, T., en TRÖNDLE, H./FISCHER, T.: Beck`sche Kurz Kommentare. Band 10. Strafgesetzbuch und Nebengesetze, C.H.Beck`sche Verlagsbuchhandlung, München, 2006, pp. 297 ss.

FISCHER, T.: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 59 Auflage, Verlag. C.H.Beck München, 2012, pp. 323 ss.

FISCHER, T.: Höchststrafe Schafft Lebenslang ab!, en Zeit on line, 2015, (http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-02/lebenslange-freiheitsstrafe-schuld).

FUENTES OSORIO, J.L.: ¿La botella medio llena o medio vacía? La prisión permanente revisable: el modelo vigente y la propuesta de reforma, en Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº 21, 2014, (http://www.ugr.es).

GARCÍA ESPAÑA, E./DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./PÉREZ JIMÉNEZ, F./BENÍTEZ JIMÉNEZ, M.J./CEREZO DOMÍNGUEZ, A.: Evolución de la delincuencia en España: análisis longitudinal con encuestas de victimización, en Revista Española de Investigación Criminológica, Artículo 2, nº 8, 2010, pp 14 ss.

GARCÍA RIVAS, N.: El Proyecto de reforma del Código penal de 2013 como programa inocuizador de delincuentes peligrosos (Prisión permanente revisable y medidas de seguridad indeterminadas), en Diritto Penale Contemporaneo, 3-4, 2014, pp. 19 ss.

GARCÍA VALDÉS, C.: El doble flujo de la legislación penal y sus límites: la cadena perpetua, Diario Cuartopoder, de 19 de septiembre de 2012, (http//www.cuartopoder.es).

GONZÁLEZ TASCÓN, M.M.: Prisión perpetua: Arts. 36 (3 y 4), 70, 76 y 78 bis CP, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.): Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 203 ss.

HIDALGO BLANCO, S.: Comentario jurídico-social sobre la modificación del Código penal. La prisión permanece revisable en España, en Revista General de Derecho Penal, nº 19, 2013, (Revistas@iustel.com).

JAÉN VALLEJO, M.: Prisión permanente revisable, en El Cronista del Estado Social y Democrático, nº 35, 2013, p. 50.

JUANATEY DORADO, C.: Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable, en ADPCP, Vol. LXV, 2012, pp. 142 ss.

JUANATEY DORADO, C.: Una «moderna barbarie»: la prisión permanente revisable, en Revista General de Derecho Penal, nº 20, 2013, (Revistas@iustel.com).

KÜLHL, K.: Strafgesetzbuch Kommentar, 27 Auflage, Verlag. C.H.Beck München, 2011, pp. 281 ss.

MARÍN DE ESPINOSA Y CEBALLOS, E.B./GONZÁLEZ TASCÓN, M.M.: Prisión perpetua (Art. 36.3 y 4 CP), en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.)/DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Coord.): Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 203 ss.

MARTÍN PALLÍN, J.A.: Inconstitucionalidad de la cadena perpetua, en Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 854, 2012, p.6.

MUÑOZ CONDE, F.: Algunas reflexiones sobre la pena de prisión perpetua y otras sanciones similares a ella, en Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico, nº 11, 2012, pp. 298 ss.

NISTAL BURÓN, J.:¿Es viable en nuestro ordenamiento jurídico la pena de «cadena perpetua» como solución para determinado tipo de delincuentes difícilmente reinsertables?, en La Ley Penal, nº 68, 2010, pp. 2 ss.

ORTIZ DE URBINA, I.: El Tribunal Constitucional tiene las manos atadas frente a la prisión permanente revisable, en Iuris: Actualidad y Práctica del Derecho, nº 176, 2012, p. 8.

RAMÍREZ ORTIZ, J.L/RODRÍGUEZ SÁEZ, J.A.: Fin de trayecto: custodia de seguridad, libertad vigilada y prisión permanente revisable, en el Anteproyecto de reforma del Código penal, en Jueces para la Democracia, nº 76, 2013, pp. 50 ss.

REDONDO HERMIDA, A.: La cadena perpetua en el Derecho español, en La Ley Penal, nº 62, 2009, pp. 4 ss.

RÍOS MARTÍN, J.C.: La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad, en Revista de Derecho Penal y Criminología, nº Extra, 2013, p. 177.

RÍOS MARTÍN, J.C.: La pena de prisión permanente revisable. Razones de su inconstitucionalidad, en VALLE MARISCAL DE GANTE, M. (Coord.): La reforma penal de 2013: Libro de Actas. Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho penal de las Universidades de Madrid, 2014, pp. 140 ss.

ROIG TORRES, M.: La «prisión permanente revisable» a examen, en Cuadernos de Política Criminal, nº 111, 2013, pp. 97 ss.

ROIG TORRES, M.: La cadena perpetua en el Derecho alemán y británico. La prisión permanente revisable, Iustel, Madrid, 2016, pp. 5 ss.

SÁEZ RODRÍGUEZ, C.: Comentarios acerca del sistema de penas en la proyectada reforma del Código penal español, en InDret, 2013, (http//www.indret.com).

SANZ MULAS, N.: La pena privativa de libertad y sus alternativas, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I (Coord.): Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal, Tomo V, Derecho penitenciario, Iustel, Madrid, 2010, p. 17.

SERRANO GÓMEZ, A.: Notas al Anteproyecto de reforma del Código penal español de octubre de 2012, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 15-rl, 2013, (http//criminet.ugr.es).

SERRANO GÓMEZ, A.: La «Prisión Permanente Revisable» en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal Español, en FERREIRA MACIEL, A./SERRANO GÓMEZ, A./MARLICE MADLENER, S. (Coord.): Estudos de Direito Penal, Processual e Criminologia em Homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener, Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Brasilia, 2014, pp. 38 ss.

SERRANO TÁRRAGA, M.D.: La prisión permanente revisable, en Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 25, 2012, p. 175.

TAMARIT SUMALLA, J.M.: La prisión permanente revisable, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): Comentario a la reforma penal de 2015, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 96.

TERRADILLOS BASOCO, J.M.: La reforma española de 2012. Líneas maestras, en Revista Nuevo Foro Penal, Vol. 7, nº 78, 2012, pp. 18 ss.

TRÖNDLE, H./FISCHER, T.: Beck'sche Kurz Kommentare. Band 10. Strafgesetzbuch und Nebengesetze, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2006, pp. 297 ss.

URRUELA MORA, A.: La cadena perpetua revisable en la legislación española desde la perspectiva del Derecho penal, en Actualidad Jurídica Aranzadi, nº 838, 2012.

* * * * * *

Prof. Dra. Margarita Roig Torres

Prof. Titular de Derecho Penal, Univ. de Valencia. Socia de la FICP.

~La nueva regulación de la suspensión de las penas privativas de libertad~

I. INTRODUCCIÓN

Una de las figuras que experimenta mayores cambios con la LO 1/2015 de 30 de marzo, es la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. La anterior sustitución contemplada en el artículo 88 CP se regula como modalidad de suspensión, configurando un sistema de suspensión único integrado por las dos formas tradicionales alternativas a la prisión. Únicamente se mantiene la autonomía del régimen relativo a ciudadanos extranjeros, que ahora se regula en el artículo 89 CP. Con esta reforma se pretende que los órganos judiciales no hayan de decidir de modo sucesivo sobre cada una de ellas, sino que en una sola resolución acuerden lo procedente, con el fin, dice la Exposición de Motivos, de "*incrementar la eficacia de la justicia penal*". Así, la decisión en torno a las distintas clases de suspensión se adoptará en un mismo fallo, salvándose los desajustes del régimen anterior, donde eran objeto de pretensiones separadas en momentos dispares del proceso, sin que existiera una normativa clara sobre la alternancia entre ellas. Esta unificación va acompañada de modificaciones sustanciales en aspectos vitales como los elementos para valorar la probabilidad de comisión de nuevos delitos, con omisión del criterio clásico de la peligrosidad criminal, la admisión del compromiso de pago de la responsabilidad civil y la posibilidad de conceder la suspensión a sujetos con antecedentes, así como de mantenerla pese a realizar un nuevo delito durante el plazo fijado. Además, se da entrada a la mediación, junto con prestaciones o medidas que hasta ahora sólo ocupaban el catálogo de penas, como el pago de una multa o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad. En general, en esta regulación se advierte una influencia clara de la suspensión regulada en el Código penal alemán (*Strafaussetzung zür Bewärung* -§ 56 StGB-).

II. REFORMAS SUSTANTIVAS

En el artículo 80.1 CP se dispone que

> "Los jueces y tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos".

Las penas susceptibles de suspensión siguen siendo las privativas de libertad no superiores a dos años, al igual que en el artículo 80.1 anterior. Pero en el artículo 80.2 se aludía, al fijar el plazo de suspensión, a las penas privativas de libertad "inferiores a dos años", produciéndose un desajuste entre ambos apartados en cuanto a las penas de dos años exactos. En el artículo 81 CP se corrige esa deficiencia, aludiendo también a las penas no superiores a dos años al establecer los plazos de suspensión.

En cuanto a los criterios que han de fundar la resolución[1], se omite la referencia a la peligrosidad criminal del sujeto, así como la mención a otros procedimientos penales contra el mismo, que se habían cuestionado por su posible contradicción con la presunción de inocencia. En su lugar, se introduce un catálogo de circunstancias que el juzgador deberá valorar. Alguna de ellas resulta criticable, como la referencia a los "*antecedentes*", sin circunscribirlos a los penales. De suerte que bajo esa expresión podrían valorarse otros datos, como sucede en el Derecho alemán. De hecho, en esta materia la reforma ha estado influida por el § 56 StGB, donde se aprecian para resolver la suspensión los "antecedentes vitales" (*Vorleben*) del condenado y en este apartado el Tribunal Supremo ha estimado datos como los delitos imputados al sujeto aunque no haya recaído sentencia firme. Por otra parte, en el Anteproyecto se aludía a "*la personalidad del penado*", pero esta referencia se sustituyó en el Proyecto por la valoración de las "*circunstancias personales*", un dato más objetivo y, por lo tanto, más adecuado a los principios de nuestro Derecho penal basado en el hecho y no en la persona del autor.

En cambio, se sigue prescindiendo de informes técnicos de carácter preceptivo, que sirvan al órgano judicial de base para tomar la decisión[2].

En el artículo 80.2 CP se prevén las condiciones necesarias para conceder la suspensión[3].

---

[1] Artículo 80.1 CP: "…*Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas".*

[2] Varias enmiendas al Proyecto los incluían como requisito ineludible para conceder la suspensión: la número 114, del Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, la número 530 del Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, y la número 635 del Grupo Parlamentario Socialista.

[3] Artículo 80: *"2. Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:*

1ª) Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan

Antes de la reforma, el artículo 81 establecía como primer presupuesto "que el condenado haya delinquido por primera vez". A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136 de este Código".

En el artículo 80.2.1ª CP se conserva esa disposición, pero con dos novedades: en primer lugar, para valorar esa primariedad delictiva "*no se tendrán en cuanta las anteriores condenas por delitos leves".* Esta previsión es acorde con el criterio seguido hasta ahora de no tomar en consideración las faltas, puesto que al suprimirse del Código algunas de ellas se han regulado como delitos leves, declarándose igualmente que no serán obstáculo para la suspensión. En segundo lugar, se incorpora una cláusula final: "*Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros".* Con esta norma se permite conceder la suspensión a sujetos reincidentes. Esa previsión merece un juicio favorable en tanto el hecho de haber cometido un delito previo no siempre indica peligrosidad (piénsese, por ejemplo, en actos realizados por la adicción a las drogas, si en el momento de la sentencia el condenado ha conseguido deshabituarse).

En el artículo 80.2.2ª se mantiene como condición que la pena, o la suma de las penas impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de multa.

Asimismo, en el artículo 80.2.3ª, se precisa que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, pero se añade además como obligación adicional *"que se haya hecho efectivo el comiso acordado en sentencia*

---

sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.

2ª) Que la pena, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3ª) Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el comiso acordado en sentencia conforme al artículo 127.

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el comiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento".

conforme al artículo 127". De esta manera, se tratan de evitar maniobras dilatorias dirigidas a eludir la entrega de esos objetos, especialmente las ganancias del delito.

En el párrafo segundo se indica que

> "este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el comiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento".

Uno de los problemas que en el proceso penal se plantea es la detección del patrimonio real del condenado. En la pieza de responsabilidad civil se incluye la información de los bienes e ingresos que formalmente figuran a su nombre. Pero ese inventario oficial no siempre coincide con la capacidad real del penado. Pues bien, bajo la regulación anterior cuando el órgano judicial creía fundadamente que el penado podía pagar la cantidad impuesta, pese a haber sido declarado insolvente, denegaba a veces la suspensión entendiendo que no se cumplía el requisito relativo a la satisfacción de la responsabilidad civil. Sin embargo, en ocasiones aceptaba el compromiso de pagarla de un modo fraccionado, dejando en suspenso la ejecución. El problema surgía cuando el obligado dejaba de cumplir lo debido, pues entre las causas de revocación de la suspensión no figuraba este supuesto. Algunos Tribunales trataban de evitar dicha circunstancia imponiendo esa obligación de pago por la vía del número 6 del artículo 83.1 anterior, donde en realidad se preveía la imposición de deberes orientados a la rehabilitación del penado. Aun así, en caso de no abonarse la cuantía establecida había que estar a lo dispuesto en el artículo 84, que contemplaba unas soluciones inapropiadas para ese supuesto, consistentes en sustituir la regla de conducta impuesta por otra, o en ampliar el plazo de suspensión, pudiendo revocarla sólo cuando el incumplimiento fuera reiterado. Con la nueva regulación esos inconvenientes se salvan. El artículo 86.1 CP determina que

> "el juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:…4. Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo comiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil".

A diferencia de las condiciones reguladas en los artículos 83 y 84 CP, cuyo incumplimiento sólo da lugar a la revocación cuando es grave y reiterado, respecto a la responsabilidad civil y el comiso ese efecto es automático.

Por otra parte, en el Proyecto inicial se advertía una deficiencia en este apartado, puesto que no se preveía la fijación por parte del órgano judicial de un plazo para satisfacer la responsabilidad civil. En el Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados de 16 de enero de 2015, se añadió la necesidad de establecer ese periodo. Ahora bien, junto a esta novedad, se vincula la exigencia de garantías, no solo al alcance de la responsabilidad civil, sino también al "*impacto social*" del delito, incorporando la alarma social como elemento decisor para asegurar el pago, un criterio totalmente improcedente para la reparación, que debe estar en función del daño civil causado.

El artículo 80.3 CP regula la tradicional sustitución como una forma de suspensión[4]. Con la nueva regulación sólo podrá acordarse "*excepcionalmente*", a diferencia del artículo 88.1 anterior, donde esta cláusula únicamente se incluía para las penas de prisión de más de un año. En el artículo 80.3 CP se recoge un régimen conjunto aplicable a todas las penas de prisión no superiores a dos años, sin distinguir entre las que no exceden de uno y de dos años, afirmando en todo caso ese carácter extraordinario.

Cabe destacar la posibilidad de suspender las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años. Esta precisión zanja la cuestión que antes se planteaba respecto a la sustitución de las condenas compuestas por penas inferiores pero que sumadas superan ese tiempo, admitiéndose expresamente que cabrá suspenderlas.

Ahora bien, la configuración de la sustitución como una clase de suspensión lleva a condicionarla siempre a la reparación efectiva del daño, la indemnización del perjuicio causado conforme a las posibilidades físicas y económicas del sujeto, o al cumplimiento del acuerdo alcanzado en la mediación. Pero esta exigencia se regula de forma más

[4] Artículo 80: *"3. Excepcionalmente, aunque no concurran las condiciones 1ª y 2ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen.*

En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento del acuerdo a que se refiere la medida 1ª del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los numerales 2ª o 3ª del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta".

estricta que en la modalidad genérica de suspensión (art. 80.2.3ª), al no admitirse explícitamente el compromiso de pago.

Además, en todo caso deberá imponerse el abono de una multa o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad. Estas obligaciones se califican como "*prestaciones o medidas*" (arts. 80.3 y 84.1), suprimiéndose la localización permanente como pena sustitutiva. Ahora bien, a diferencia de la regulación anterior, se concede al juez o tribunal la facultad de moderar esas medidas dentro de ciertos límites. En primer lugar, el artículo 80.3 CP determina que la extensión de la multa y de los trabajos no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el artículo 84.1 CP, numerales 2ª o 3ª, "*sobre un quinto de la pena"*. Ese precepto permite condicionar la suspensión en todo caso a ciertas condiciones (1. Cumplimiento del acuerdo alcanzado en la mediación. 2. Pago de una multa, o 3. Realización de trabajos en beneficio de la comunidad), resultando obligatorias las dos últimas en la suspensión del artículo 80.3 CP.

El numeral 2ª del artículo 84.1 CP establece que la extensión de la multa la determinará el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión "*sobre un límite de dos tercios de su duración"*. El numeral 3ª prevé que la duración de la prestación de trabajos en beneficio de la comunidad se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajo por cada día de prisión "*sobre un límite máximo de dos tercios de su duración"*.

Así pues, los módulos de conversión siguen siendo dos cuotas de multa o un día de trabajo por cada día de prisión. Pero la base para aplicarlos será, como mínimo un quinto y como máximo dos tercios de la pena de prisión impuesta, debiéndolo concretar el juzgador en función de las circunstancias del caso.

La infracción de las condiciones anteriores se prevé como causa de revocación (art. 86 CP). Además, en las reguladas en el artículo 84 CP (observancia del acuerdo alcanzado en la mediación, pago de la multa, o realización de trabajos) el incumplimiento ha de ser grave y reiterado, mientras la infracción del compromiso de pago de las responsabilidades civiles y la aportación por el condenado de información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, conllevan automáticamente la ejecución de la pena suspendida.

El artículo 80.4 CP mantiene la regulación anterior para los penados aquejados de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables.

El artículo 80.5 CP recoge el régimen de suspensión en los delitos cometidos a causa de la dependencia de ciertas sustancias[5]. Se introducen varias novedades: se suprime la audiencia de las partes; desaparece la obligación del juez o tribunal de solicitar un informe al médico forense sobre los extremos indicados en este precepto; la revocación del beneficio por abandono del tratamiento se limita a los casos en que este abandono sea definitivo; y se elimina el contenido del anterior artículo 87.2, relativo a los sujetos reincidentes. Por otra parte, la regulación del plazo de suspensión, antes contenida en el artículo 87.3, se incluye en el artículo 81 CP, donde se establece el tiempo señalado tanto para la suspensión ordinaria como para esta modalidad concreta.

Respecto a la audiencia de las partes, se traslada al artículo 82 CP, donde se establece como preceptiva para todos los casos de suspensión.

En cambio, se omite el deber del órgano judicial de requerir en todo caso un informe del médico forense para acreditar los presupuestos de la suspensión. Se mantiene la necesidad de que el centro o servicio correspondiente certifique que el condenado se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión. Pero el juzgador ya no está obligado a solicitar un informe del médico forense sobre todos esos extremos. No obstante, el párrafo segundo del artículo 80.5 CP, dispone que "*el juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos*". Por esta vía el órgano judicial puede pedir esos informes médico forenses, aunque dejan de ser preceptivos.

---

[5] Artículo 80: *"5. Aun cuando no concurran las condiciones 1ª y 2ª previstas en el apartado 2 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.*

El juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.

En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabituación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. No se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabituación".

Por otra parte, sigue vigente la prohibición de abandonar el tratamiento de deshabituación hasta su finalización. Ahora bien, se añade de modo novedoso que "*no se entenderán abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabituación*". De esta forma, se introduce un régimen más racional, puesto que las recaídas ocasionales en el consumo, frecuentes en este tipo de tratamientos, no conllevan la entrada en prisión, sino que se permite continuarlo siempre que se advierta en el sujeto la voluntad de cumplirlo. Sin embargo, se omite la obligación de los centros o servicios responsables del tratamiento de facilitar al órgano judicial informes periódicos acerca del comienzo, evolución, modificaciones y finalización del mismo. Esta norma se sustituye por la contenida en el apartado 4 del artículo 83 CP, donde se atribuye al servicio de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria ese deber de información.

Asimismo, se extrae del artículo 80.5 CP la normativa relativa a la revocación de la suspensión y a la remisión de la pena, antes contemplada en el artículo 87.5, y se lleva a la regulación genérica sobre estos aspectos, contenida en el artículo 87.2 CP.

En el artículo 80.6 CP se conserva lo dispuesto en el anterior artículo 86[6]. Finalmente, en el artículo 81 CP se regula el plazo de suspensión[7]. En el párrafo primero se mantienen los plazos del artículo 80.2 anterior. A continuación, en el párrafo segundo se establece que en el caso del apartado 5 del artículo 80 CP el tiempo será de tres a cinco años para los condenados que hubiesen cometido el delito a causa de su dependencia, como en el precedente artículo 87.3. Ahora bien, a diferencia de esta norma, en el artículo 81 CP se omite la condición relativa a que el reo no delinca durante el periodo señalado. Esto se debe a la eliminación en todas las modalidades de suspensión de la prohibición de delinquir durante el periodo suspensivo como presupuesto ineludible para disfrutar del beneficio. Aun cometiendo un nuevo delito cabe mantener la suspensión (arts. 86 y 87 CP).

[6] Artículo 80: *"6. En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querella del ofendido, los jueces y tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena".*

[7] Artículo 81: *"El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad no superiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves, y se fijará por el juez o tribunal, atendidos los criterios expresados en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 80.*

En el caso de que la suspensión hubiera sido acordada de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo anterior, el plazo de suspensión será de tres a cinco años".

En el artículo 81 CP se advierten otras novedades. Se prescinde de la audiencia a las partes, sustituyéndose por la previsión genérica del artículo 82 CP. Además, el plazo de suspensión se fijará atendiendo a los criterios expresados en el párrafo segundo del artículo 80.1 CP para resolver la concesión de la suspensión (circunstancias del delito cometido, etc.), en lugar de los previstos en el precedente artículo 80.2 para acordar el plazo de suspensión (circunstancias personales del delincuente, características del hecho y duración de la pena).

III. REFORMAS PROCESALES

El artículo 82.1 CP prevé que

> "El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la suspensión de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia a las partes, sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena".

En la regulación anterior sólo se contemplaba la resolución de la suspensión en la propia sentencia en los casos de conformidad (art. 787.6 LECrim). Ahora pasa a ser el cauce normal, si bien el artículo 82.1 CP precisa que se recogerá en el mismo fallo "*siempre que ello resulte posible*", pues es necesario que el órgano judicial disponga de toda la información necesaria sobre los requisitos legales. Por lo tanto, se adelanta el pronunciamiento sobre la suspensión a la sentencia condenatoria, sin necesidad de esperar a que sea firme. Además, la inclusión en la sentencia o en auto posterior a su firmeza no se prevén como dos opciones alternativas, dejando la elección al juez o tribunal, como sucedía antes con la sustitución, sino que se establece como prioritaria la sentencia y, sólo cuando no sea posible, se resolverá una vez devenga firme. De esta forma, tiende a unificarse en un solo fallo tanto la pena impuesta como la decisión relativa a la ejecución. Además, en caso de recurrirse la sentencia, el órgano decisor podrá revisar este extremo sin que el condenado haya de presentar un recurso separado.

Por otra parte, siguiendo las directrices del Dictamen de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados de 16 de enero de 2015, se introdujo el requisito de dar *"previa audiencia a las partes*", que inexplicablemente se había suprimido en el Proyecto de reforma. En la regulación derogada se preveía esa audiencia respecto a la satisfacción de la responsabilidad civil (art. 81.3ª), en caso de incumplimiento por parte del condenado de las obligaciones o deberes impuestos (art. 84), para los delitos perseguibles a instancia de parte (art. 86) y los delitos causados por adicción a sustancias tóxicas (art. 87). Pese a ello, en la doctrina se venía reclamando una mayor

intervención de las personas afectadas para que pudieran expresar su opinión acerca de la conveniencia de la suspensión, sin limitarla a esos puntos concretos. En cambio, en el Anteproyecto de reforma se contempló sólo la audiencia del Ministerio Fiscal con carácter previo a la fijación del plazo de suspensión, además de la relativa a los delitos perseguibles a instancia de parte. Posteriormente, ese texto se modificó en el Proyecto, prescindiendo incluso de dicha audiencia al Ministerio Público. En su lugar, se introdujo una norma genérica en la Disposición Adicional Cuarta, donde se establecía la audiencia al sujeto afectado y al Ministerio Fiscal[8].

Hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha declarado que en la suspensión de las penas privativas de libertad la audiencia de las partes es necesaria, incluso en caso de denegar el beneficio, puesto que

> "constituye una exigencia constitucional ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión (art. 24.1 CE) y que resulta tanto más relevante cuando lo que se dilucida es el cumplimiento efectivo de una pena de prisión mediante el ingreso del condenado en un centro penitenciario" (STC 222/2007, de 8 de octubre -F.J.2º-).

Pues bien, el citado Dictamen corrigió este defecto del Proyecto, e incorporó el requisito ineludible de la audiencia de todas las partes antes de resolver sobre la suspensión. Por lo tanto, se mejora la regulación anterior al precisarla con carácter general y no sólo para algunos trámites particulares.

El artículo 82.2 CP determina que

> "El plazo de suspensión se computará desde la fecha de la resolución que la acuerda. Si la suspensión hubiera sido acordada en sentencia, el plazo de la suspensión se computará desde la fecha en que aquélla hubiere devenido firme".

Este criterio se aparta del establecido por el Tribunal Constitucional, consistente en computar el periodo de prueba desde la fecha de la notificación de la resolución (STC 251/2005, de 10 de octubre -F.J.6º-).

En la cláusula final de ese apartado se dice que "*No se computará como plazo de suspensión aquél en el que el penado se hubiera mantenido en situación de rebeldía*".

---

[8] *"Se adoptarán previa audiencia del sujeto afectado y del Ministerio Fiscal las resoluciones judiciales relativas a la suspensión de la ejecución de la pena, salvo que hubiera sido acordada en sentencia, su modificación o revocación; sustitución de la pena, salvo que hubiera sido acordada en sentencia; concesión de libertad condicional; aplicación, ejecución, revocación o sustitución de las medidas de seguridad; y sustitución de las penas privativas de libertad.*

No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el juez o tribunal podrá resolver de forma inmediata, cuando existan razones de urgencia que así lo justifiquen. En este caso, el juez o tribunal dará posteriormente audiencia al Ministerio Fiscal y al afectado, y resolverá seguidamente ratificando, modificando o dejando sin efecto la resolución adoptada".

Esta norma suscita interrogantes en orden a su aplicación. En primer lugar, si el periodo de prueba comienza en la fecha de la sentencia firme y al penado se le han impuesto condiciones, no se le podrán comunicar hasta que sea hallado. Por otra parte, una vez localizado, debería descontarse el plazo en que ha estado en rebeldía. El problema surgirá si una vez vencido ese tiempo dicho condenado no ha aparecido, entonces remitir la pena sin haberle siquiera comunicado sus obligaciones resulta incoherente. En sentido inverso, aplicar las consecuencias legales del incumplimiento de cualquier condición no advertida previamente conllevaría indefensión. Por ello, entiendo que la interpretación correcta será considerar como norma genérica para el cómputo la fecha de la resolución o de la sentencia firme y, en los casos de rebeldía iniciarlo una vez el penado está localizable y se le puede notificar. En este supuesto, se dilata el inicio del plazo de suspensión, pero esta demora se debe a causas imputables al condenado. Por otra parte, esta lectura se ajusta mejor a la tesis del Tribunal Constitucional y es acorde con la propia finalidad de la suspensión, orientada a cumplir una función preventiva, posponiendo la ejecución de la pena y supeditando su exención a la observancia de las condiciones fijadas.

BIBLIOGRAFÍA

ALMENAR BELENGUER, M.: Apuntes sobre algunos problemas prácticos que suscita la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, con especial referencia a la incidencia de las últimas reformas de la parte general del Código penal, en Diario de Jurisprudencia El Derecho, nº 2272, 2006, pp. 2 ss.

BACIGALUPO ZAPATER, E.: Alternativas a la pena privativa de libertad en el Derecho europeo actual, en Revista del Poder Judicial, nº 43, 1996 (II), (http//www.poderjudicial.es).

CANO PAÑOS, M.A.: La suspensión de la ejecución de la pena a drogodependientes y los silencios del legislador del año 2010, en Estudios Penales y Criminológicos, Vol. 31, 2011, p. 89.

CERES MONTES, J.F.: Las reformas penales en la fase de ejecución de sentencias penales: en especial la suspensión, la sustitución y la expulsión del territorio nacional, en Cuadernos de Derecho Judicial, nº 3, 2005, (http//www.poderjudicial.es).

CID MOLINÉ, J.: La suspensión de la pena en España, en Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 15, 2005, pp. 226 ss.

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M.: La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, en Cuadernos de Derecho Judicial, nº 4, 2005, (http//www.poderjudicial.es).

CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S., en CORCOY BIDASOLO, M.: Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 214 ss.

CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M.: Comentarios al Código penal. Parte general, Marcial Pons, Barcelona, 2011, pp. 689 ss.

CUELLO CONTRERAS, J./MAPELLI CAFFARENA, B.: Curso de Derecho penal. Parte general, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 270 ss.

DE LAMO RUBIO, J.: Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código penal, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 418 ss.

FERNÁNDEZ VALCARCEL, P.: Ejecución de la pena desde la perspectiva de la víctima, en Cuadernos de Derecho Judicial, nº 14, 2006, (http//www.poderjudicial.es).

FISCHER, T.: Strafgesetzbuch und Nebengesatze, 59 edición, C.H.Beck, München, 2012, pp. 385 ss.

FRISTER, H.: Derecho penal. Parte general, 4ª edición, Hammulabi, München, 2011, pp. 129 ss.

GARCÍA ARÁN, M.: Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código penal de 1995, Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 101.

GIL GIL, A./LACRUZ LÓPEZ, J.M./MELENDO PARDOS, M./NUÑEZ FERNÁNDEZ, J.: Curso de Derecho penal. Parte general, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 883 ss.

GONZÁLEZ ZORRILLA, C., en CID MOLINÉ, J./LARRAURI PIJOÁN, E.(Coord.): Penas alternativas a la prisión, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 59 ss.

GRACIA MARTÍN, L./ALASTUEY DOBÓN, C., en GRACIA MARTÍN, L. (Coord.): Tratado de las consecuencias jurídicas del delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 300 ss.

HERRERO ALBELDO, E.: La suspensión de la pena privativa de libertad. Estudio del artículo 87 del Código penal, en Revista Penal, nº 9, 2002, pp. 27 ss.

KINDHÄUSER, U.: Strafgesetzbuch, 2ª edición, Nomos, Baden-Baden, 2005, pp. 271 ss.

KÜHL, K.: Strafgesetzbuch Kommentar, 27 edición, C.H.Beck, München, 2011, pp. 385 ss.

LACKNER, K./KÜHL, K.: Strafgesetzbuch Kommentar, 26 edición, C.H.Beck, München, 2007, pp. 365 ss.

LANDROVE DÍAZ, G.: Las consecuencias jurídicas del delito, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2005, p. 71.

LLORCA ORTEGA, J.: Suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, en Estudios de Derecho Judicial, nº 2, 1996, (http//www.poderjudicial.es).

MAGRO SERVET, V./SOLAZ SOLAZ, E.: Manual práctico sobre la ejecución penal. Las medidas alternativas a la prisión: suspensión, sustitución y expulsión, La Ley, Madrid, 2010, pp. 27 ss.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L.: Suspensión, sustitución y ejecución de las penas privativas de libertad, Comares, Granada, 2008, pp. 12 ss.

MAQUEDA ABREU, M.L.: Suspensión condicional de la pena y probation, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pp. 41 ss.

MAPELLI, B.: Las consecuencias jurídicas del delito, Civitas, Pamplona, 2011, pp. 46 ss.

MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte general, Editorial Reppertor, Barcelona, 2011, pp. 703 ss.

MORILLAS CUEVA, L.: Alternativas a la pena de prisión, en Cuadernos de Derecho Judicial, nº 22, 2006, (http//www.poderjudicial.es).

MULAS SANZ, N., en ARROYO ZAPATERO, L./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FERRÉ OLIVÉ, J.C./GARCÍA RIVAS, N./SERRANO PIEDECASAS, J.R./TERRADILLOS BASOCO, J.M. (Dir.): Comentarios al Código penal, Iustel, Madrid, 2007, p. 242.

MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M.: Derecho Penal. Parte general, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 568 ss.

ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: Compendio de Derecho penal. Parte general, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 465 ss.

PERIS RIERA, J., en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.): Comentarios al Código penal, Tomo III, Edersa, Madrid, 2000, pp. 1094 ss.

PUENTE SEGURA, L.: Suspensión y sustitución de las penas, La Ley, Madrid, 2009, pp. 73 ss.

QUINTERO OLIVARES, G.: Parte general del Derecho penal, 4ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2010, p. 712.

RÍOS MARTÍN, J.C.: Las alternativas a la prisión, en Cuadernos de Derecho Judicial, nº 14, 2006, (http//www.poderjudicial.es).

RODRÍGUEZ RAMOS, L.: Compendio de Derecho penal (Parte general), 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 478 ss.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. (Dir.): Código penal (concordado y comentado con jurisprudencia) y leyes penales especiales y complementarias, 4ª edición, La Ley, Madrid, 2011, p. 491.

ROIG TORRES, M.: La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código penal. Un giro hacia el Derecho penal de autor, en Revista Penal, nº 33, 2014, pp. 170 ss.

ROIG TORRES, M.: Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.): Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª edición, 2016, pp. 325 ss.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., en GÓMEZ TOMILLO, M.: Comentarios al Código penal, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 387 ss.

SÁNCHEZ YLLERA, I., en VIVES ANTÓN, T.S.: Comentarios al Código penal de 1995, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 462.

STREE, W./KINZIG, J., en SCHÖNKE, A./SCHRÖDER, H.: Strafgesetzbuch Kommentar, 28 edición, C.H.Beck, München, 2010, pp. 881 ss.

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.): Manual de Derecho penal. Tomo I. Parte general, 5ª edición, Civitas, 2008, pp. 476 ss.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I.J.: El Juez en la ejecución de las penas privativas de libertad, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 7-11, 2005, p. 9.

TAMARIT SUMALLA, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/MORALES PRATS, F. (Coord.): Comentarios al Código penal español, Tomo I, Aranzadi, Pamplona, 2011, pp. 582 ss.

TERRADILLOS BASOCO, J.M.: Malos tiempos para las alternativas a la cárcel (a propósito de las últimas reformas penales en España", en Revista Derecho Penal, nº 1, 2012, (http//www1.infojus.gov.ar).

TRÖNDLE, H./FISCHER, T.: Strafgesetzbuch und Nebengesatze, 53 edición, C.H.Beck, München, 2006, p. 437.

* * * * * *

Sacramento Ruiz Bosch
Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.
Socia de la FICP.

~Recursos procedentes ante la denegación de los permisos peniteniarios de hasta 48 horas por parte del centro directivo. Análisis de la postura jurisprudencial más reciente~

I. INTRODUCCIÓN

1. Los permisos penitenciarios como preparación de la vida en libertad de los penados.

El artículo 47.2 de Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, y el artículo 154 Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, recogen y regulan la posibilidad de conceder permisos de salida para la preparación de la vida en libertad de los penados.

El Tribunal Constitucional ha destacado la importancia de los permisos penitenciarios a los efectos de reforzar los vínculos familiares, reducir las tensiones inherentes al internamiento y las consecuencias de la vida continua en el establecimiento penitenciario, con el consiguiente alejamiento de la realidad cotidiana.

Como analiza el recientísimo Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 8 de Febrero de 2016, los permisos de salida:

a.-Forman parte del tratamiento penitenciario.

b.-Responden a la finalidad esencial de la pena privativa de libertad.

c.-No constituyen, en ningún caso, meros beneficios o recompensas por el buen comportamiento.

d.-Constituyen un perfecto indicador de la evolución del interno a la vez que estimulan su buena conducta y sentido de la responsabilidad.

La Jurisprudencia ha resaltado que la utilidad y conveniencia de los permisos en el marco del sistema de individualización científica, tendente a la preparación de la posterior vida en libertad y en orden a la rehabilitación y reinserción social, está admitida ampliamente en la Legislación Penitenciaria Internacional (Recomendación 2 R (87) 3 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa de 12 de febrero de 1987, que en su Regla 43.2 prevé el establecimiento de un sistema de permisos penitenciarios para posibilitar el contacto con el mundo exterior, compatible

con los objetivos del tratamiento).

No obstante, también se llama la atención por los Tribunales sobre las cautelas que se derivan de la concesión automática de los permisos al constituir una vía fácil para eludir la custodia, declarando que es razonable que su concesión no sea automática una vez constatado el cumplimiento de los requisitos objetivos y que, por ello, no basta con que éstos concurran sino que, además, no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados.

2. Clases de permisos de salida.

El Reglamento Penitenciario distingue entre: a) los permisos de salida ordinarios, y b) los permisos de salida extraordinarios.

A los permisos de salida ordinarios se refiere el artículo 154 RP. Los permisos de salida ordinarios de hasta siete días de duración como preparación para la vida en libertad, se podrán conceder, previo informe preceptivo del Equipo Técnico, a los condenados clasificados en segundo o tercer grado respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena o condenas y no observen mala conducta. Como máximo se podrán conceder un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año, que se distribuirán, como regla general, en los dos semestres naturales de cada año, concediendo en cada uno de ellos hasta dieciocho y veinticuatro días, respectivamente. Y dentro de los indicados límites no se computarán las salidas de fin de semana propias del régimen abierto ni las salidas programadas que se regulan en el artículo 114 RP, ni los permisos extraordinarios.

Para el Tribunal Constitucional la concesión de los permisos de salida no opera con automatismo una vez constatada la concurrencia de los requisitos objetivos previstos en la Ley. Esta ausencia de automatismo se recoge tanto en el artículo 47.2 LOGP como en el 154 RP. En desarrollo de dicha previsión legal, el artículo 156.1 RP añade que el informe preceptivo del Equipo Técnico será desfavorable cuando por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento. Por ello debe exigirse que en la concesión o denegación

de los permisos de salida que se explicite la presencia de tales circunstancias o requisitos, tanto en sentido positivo como negativo, exponiendo así las razones conectadas con el sentido de la pena y la finalidad de su cumplimiento.

Así pues, los permisos de salida no tienen la consideración de beneficios penitenciarios o recompensas por buen comportamiento, sino que constituyen un importante elemento integrante del tratamiento penitenciario como preparación para la vida en libertad (STC de 11 de noviembre de 1.997).

Como vemos, que el permiso ordinario no es un derecho fundamental ni un derecho subjetivo es una afirmación que deriva de numerosos pronunciamientos jurisprudenciales en la materia.

La STC 75/1998 de 31 de marzo de 1998 sostuvo que el artículo 25.2 de la Constitución no contiene un derecho fundamental a la reinserción social, sino que es un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria. Se pretende, a través de él, que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a esos objetivos, sin que éstos sean su única finalidad (AATC 15/1984, 486/1985, 303/1986 y 780/1986, y SSTC 2/1987, 19/1988, 28/1988, 150/1991, 209/1993, 72/1994, 112/1996, 2/1997 ó 81/1997).

Para el Alto Tribunal, aunque la regla del artículo 25.2 de la Constitución puede servir de parámetro de la constitucionalidad de las leyes, no es fuente, en sí misma, de derechos subjetivos en favor de los condenados a penas privativas de libertad, ni menos todavía de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional. Por lo tanto, la simple congruencia de la institución de los permisos penitenciarios de salida con el mandato constitucional establecido en el art. 25.2 de la Constitución no es suficiente para conferirles la categoría de derecho subjetivo, ni menos aún de derecho fundamental (STC 88/1998, 21 de abril).

En Sentencia 115/2003, de 16 de junio, el Tribunal Constitucional matizó que todo lo relacionado con los permisos de salida es una cuestión situada esencialmente en el terreno de la aplicación de la legalidad ordinaria.

Para la concesión de estos permisos han de ponderarse una pluralidad de circunstancias:

a.- Las relativas al interno.

b. Las relativas al delito por el que cumple condena.

c.- La conducta y actitud desarrollada por el interno en el Centro Penitenciario.

d.- La participación de éste en programas reinsertadotes y reeducadores,

e.- En general, ha de atenderse a todas aquellas variables que pueden convertir el permiso en un elemento negativo, bien por intento de fuga, reincidencia delictiva, o mal uso del mismo que suponga una involución en el tratamiento.

Del artículo 76.2, i) LOGP se infiere que es competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria la Autorización de los permisos de salida de duración superior a dos días, a excepción de los internos clasificados en tercer grado, en cuyo caso los concede la Administración Penitenciaria.

El artículo 160 RP establece que corresponde al Equipo Técnico del Establecimiento Penitenciario realizar un informe sobre la solicitud de permisos de salida ordinarios, previa comprobación de si concurren los requisitos para su concesión, y disponiendo las condiciones de su disfrute, y que en vista del informe preceptivo del equipo técnico la junta de tratamiento del Centro ha de acordar la concesión o denegación del permiso solicitado por el interno.

El artículo 161 RP, establece que en el caso que la Junta de Tratamiento acuerde conceder el permiso solicitado por el interno, ha de elevar el acuerdo junto con el informe del Equipo Técnico al Juez de Vigilancia o Centro Directivo, según se trate de internos clasificados en segundo o tercer grado de tratamiento, respectivamente, para la autorización correspondiente. Añade este precepto que los permisos ordinarios de hasta dos días de duración, han de ser autorizados por el Centro Directivo, con posibilidad de recurso de queja ante la denegación, recurso que habrá de resolver el Juez de Vigilancia Penitenciaria (artículo 76.2, h) LOGP).

Si se tratara de internos preventivos será necesaria, en todo caso, la autorización expresa de la Autoridad judicial a cuya disposición se encuentre el interno.

A los permisos de salida extraordinarios el artículo 155 RP. Estos se concederán, con las medidas de seguridad adecuadas, y salvo que concurran circunstancias extraordinarias que lo impidan, en caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos o de alumbramiento de la esposa o persona con la que el recluso se halle ligado

por similar relación de afectividad, así como por importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza. La duración de cada permiso extraordinario vendrá determinada por su finalidad y no podrá exceder del límite fijado en el artículo anterior para los permisos ordinarios. Cuando se trate de internos clasificados en primer grado será necesaria la autorización expresa del Juez de Vigilancia.

En el apartado 4 del artículo 155 RP se recoge la posibilidad de conceder permisos extraordinarios de salida para consultas ambulatorias de hasta doce horas e ingresos hospitalarios de hasta dos días en centros extrapenitenciarios con las medidas de seguridad adecuadas en su caso y previo informe médico, de los penados clasificados en segundo o tercer grado. En los casos de ingreso en Hospital extrapenitenciario, si el interno tuviera que permanecer ingresado más de dos días, la prolongación del permiso por el tiempo necesario deberá ser autorizada por el Juez de Vigilancia cuando se trate de penados clasificados en segundo grado o por el Centro Directivo para los clasificados en tercer grado. Estos permisos no estarán sometidos, en general, a control ni custodia del interno cuando se trate de penados clasificados en tercer grado y podrán concederse en régimen de autogobierno para los penados clasificados en segundo grado que disfruten habitualmente de permisos ordinarios de salida.

La concesión de un permiso extraordinario no excluye la de los ordinarios de los internos clasificados en segundo o tercer grado de tratamiento (art. 158.1 RP).

Estos permisos de salida podrán ser concedidos a los internos preventivos, previa aprobación, en cada caso, de la Autoridad judicial correspondiente (art. 159 RP).

II. ANÁLISIS DE LA MÁS RECIENTE LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS RECURSOS PROCEDENTES FRENTE A LA DENEGACIÓN POR EL CENTRO DIRECTIVO DE PERMISOS DE SALIDA DE HASTA 48 HORAS (AAP BARCELONA, SECCIÓN 21ª, DE 8 DE FEBRERO DE 2016).

La Legislación no prevé qué recursos cabrían frente a las decisiones del Centro Directivo denegatorias de permisos penitenciarios ordinarios de hasta 48 horas, lo que ha supuesto la necesidad de una labor interpretativa por parte de los Tribunales a la hora de analizar cuáles serían los medios impugnatorios procedentes frente a estas resoluciones administrativas.

En la práctica se viene entendiendo, aplicando analógicamente la previsión del

artículo 162 RP, que frente a estas resoluciones denegatorias del Centro Directivo, procede la alzada ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Esta solución se encauza por la vía de la queja o petición regulada en el artículo 76.2. g) LOGP, que atribuye al Juez de Vigilancia Penitenciaria la resolución de lo que proceda acordar 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.

El artículo 162 RP establece que cuando la Junta de Tratamiento acuerde denegar el permiso solicitado por el interno, se notificará a éste la decisión motivada con indicación expresa de su derecho a acudir en vía de queja al Juez de Vigilancia Penitenciaria. Es decir, que cuando la Junta de Tratamiento haya determinado informar negativamente sobre la concesión del permiso solicitado, el interno podrá acudir directamente ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria, y éste es el precepto, que, aplicado analógicamente, permite en la práctica acudir al Juez de Vigilancia ante la decisión denegatoria acordada por el Centro Directivo, articulándose por la vía de la competencia que atribuye a este órgano jurisdiccional el artículo 76.2. g) LOGP.

El problema se plantea porque, como hemos visto antes, reiteradamente ha venido diciendo el Tribunal Constitucional que el permiso no un derecho subjetivo, ni un derecho constitucional, ni tampoco un beneficio penitenciario en sentido estricto, por lo que la vía de la petición y queja en relación con las denegaciones formuladas por el Centro Directivo supone forzar el sentido del artículo 76.2 g) LOGP, pues los permisos ordinarios no son la materia prevista expresamente por el precepto, que se refiere únicamente a beneficios o derechos penitenciarios o a derechos fundamentales de los internos.

La coincidencia de vocablo entre el artículo 162 RP y el 76.2 g) lleva ordinariamente a la tramitación y resolución como “petición o queja” de lo que en realidad no es tal en atención a su fondo.

La DA5ª LOPJ establece que cabrá el recurso de reforma contra todos los autos dictados por tal órgano judicial (párrafo 1º), y en cambio restringe de manera relevante el acceso a la apelación, recurso que implica el conocimiento bien del Juez o Tribunal sentenciador, bien de la Audiencia Provincial correspondiente al lugar de cumplimiento.

Esta norma hace una clasificación inicial para analizar cuándo no hay acceso a la

apelación o queja (susceptible de plantearse ésta ante la inadmisión de la primera), estableciendo dos grandes grupos:

a.- Decisiones en materia de ejecución de penas: en estos casos veda la apelación cuando el Juez de Vigilancia resuelve un recurso de apelación contra resolución administrativa. La exclusión tiene una excepción: la clasificación del penado, en cuyo caso es posible interponer el recurso de apelación aunque el Juez de Vigilancia esté resolviendo en vía de recurso contra una decisión administrativa previa.

b.- Régimen y demás materias no comprendidas en el apartado anterior. La ley vuelve a hacer la misma previsión: el acceso a la apelación está vedado cuando el Juez de Vigilancia resuelve un recurso previo de apelación interpuesto contra una decisión administrativa.

Se puede decir, pues, que el control de legalidad de la actividad penitenciaria que realiza el Juez de Vigilancia, excluida la relativa a la clasificación de los internos, no implica, ni siempre ni en todos los casos, que sus resoluciones sean objeto de recurso posterior de apelación ante la Audiencia Provincial o ante el Juez sentenciador.

Por tanto, y en aras a clarificar la cuestión, debemos distinguir dos posibilidades diferentes:

1º.- El interno puede hacer una petición de permiso directamente ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria a resolver por éste sobre la base de la competencia que le otorga el artículo 162 RP, cuando la Junta de Tratamiento haya denegado su petición.

En estos casos, la resolución que dicte el órgano judicial será recurrible en reforma y apelación, pues la decisión del Juez de Vigilancia lo es en primera instancia y por ello, entiende esta línea jurisprudencial, la DA 5ª LOPJ no impide la apelación.

2º.- Cuando el Juez de Vigilancia Penitenciaria resuelve un recurso de alzada contra la denegación de un permiso de hasta 48 horas por parte del Centro Directivo, el órgano jurisdiccional está actuando como órgano revisor o segunda instancia (el artículo 161 RP, establece que en el caso que la Junta de Tratamiento acuerde conceder el permiso solicitado por el interno, ha de elevar el acuerdo junto con el informe del Equipo Técnico al Juez de Vigilancia o Centro Directivo, según se trate de internos clasificados en segundo o tercer grado de tratamiento, respectivamente, para la autorización correspondiente), por lo que, atendiendo a lo dispuesto en la DA 5ª LOPJ, contra su decisión cabrá recurso de reforma, pero apelación ni queja.

En conclusión, y siguiendo la línea jurisprudencial más actual (sirva como muestra el meritado AAP Barcelona, Sección 21ª, de 8 de febrero de 2016) es posible entender que contra las decisiones del Juez de Vigilancia Penitenciaria resolviendo la alzada frente a la denegación de un permiso de hasta 48 horas por parte del Centro Directivo, no cabe recurso de apelación, porque en estos casos el Juez ya está actuando como órgano de revisión, y por tanto, en segunda instancia.

DOCUMENTACIÓN UTILIZADA

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, de 8 de febrero de 2016.

Auto del Tribunal Supremo Nº 1352/2015, de 10 de Septiembre.

Auto del Tribunal Supremo Nº 380/2016, de 4 de Febrero.

Auto del Tribunal Supremo Nº 127/2016, de 21 de Enero.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña Nº 19/2001, de 15 de Noviembre.

Auto Nº 14/2015 de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 15 de Enero.

* * * * * *

Joana Ruiz Sierra

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia de la FICP.

~Arrepentimiento, perdón y mediación penal en los delitos de terrorismo~

Resumen.- La presente comunicación, y desde la perspectiva de la tregua de ETA, pretende un breve examen de cómo no se ha tratado aún, en nuestro derecho el abandono de las armas por parte de los terrorista, relacionándolo con el marco legal actual y con el papel que podría jugar la justicia restaurativa como puente entre las víctimas y sus victimarios, en el derecho penitenciario.

Palabras claves.- ETA; Terrorismo; Perdón; Arrepentimiento.

I. INTRODUCCIÓN

Son escasas las referencias que tanto el Código Penal como la legislación penitenciaria (Ley Orgánica General Penitenciaria y Reglamento Penitenciario) y la Ley Procesal, contienen en relación al perdón y al arrepentimiento de miembros que formaban parte de organizaciones terroristas.

Pretendo aproximarme a la nueva situación de ETA, (Euskadi Ta Askatasuna, expresión en euskera traducible al castellano como "País Vasco y Libertad"), grupo terrorista de ideología nacionalista vasca que se proclama independentista, abertzale, socialista y revolucionaria[1]. Desde la perspectiva de a aquellos de sus miembros que se han arrepentido y alejado de ésta organización terrorista.

Recordemos como premisa que el 5 de septiembre de 2010 ETA anunció un alto el fuego en un video enviado a la cadena BBC de Londres. El 10 de enero de 2011 anunció un alto al fuego permanente, general y verificable, que se correspondía con la "Declaración de Bruselas" firmada por diferentes organizaciones internacionales y con el "Acuerdo de Gernika" firmado por las principales fuerzas de la izquierda abertzale, que pedían a ETA dar ese paso. El 20 de octubre de 2011 ETA anunció el fin definitivo de su actividad terrorista.

II. MARCO LEGAL

Nuestra legislación antes de la reforma del Código Penal y ahora tras la reforma por la LO 1/2015[2] y 2/2015, la aprobación del Estatuto de la Víctima[3] y las

[1] (Verificado el 30.04.2016) https://es.wikipedia.org/wiki/Euskadi_Ta_Askatasuna

[2] Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 77 de 31 de marzo de 2015 (Verificado el 30.04.2016) https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3439

modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal LO 13/2015[4] y Ley 41/2015[5], ambas de 5 de octubre, siguen respondiendo a una situación de extraordinaria y de extrema gravedad del fenómeno terrorista, con condiciones más estrictas para el acceso a permisos penitenciarios, al tercer grado, a la libertad condicional, con disposiciones excepcionales como son el periodo de seguridad del artículo 36 del Código Penal, el concurso de delitos del artículo 76 y 77 del mismo texto legal, con búsqueda del cumplimiento íntegro de las penas, con penas de mayor duración y elevación de los máximos penales. Con un tratamiento diferenciado en la detención e incomunicación de los terroristas. Con el juez y el juzgado llamado a conocer de estos delitos, la Audiencia Nacional, incluso en el periodo de ejecución de las penas tenemos el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de la Audiencia Nacional. Con tipos penales que se anticipan a actos peligrosos previos a la efectiva producción de un daño como son los delitos de colaboración, el castigo de la provocación, la conspiración y la proposición, el enaltecimiento y la justificación del terrorismo.

Mención aparte voy a realizar de la Ley Orgánica 2/2015[6], 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.

Tras esta regulación legal solo nos quedaría[7], por un lado, cuando nos encontremos ante terroristas arrepentidos, hayan o no colaborado con los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del estado realizar una interpretación de las normas vigentes más ajustadas a los principios limitadores del *ius puniendi* del estado y a los derechos fundamentales. Y por otro lado, cuando el derecho penal ha terminado, esto es, tras la investigación, juicio, condena y cumplimiento de la pena, cómo lograr la reinserción de los mismos, materia propia del tratamiento penitenciario y de una decisión política.

---

[3] Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. Publicada en el Boletín Oficial del Estado, 28 de abril de 2015 (Verificado el 29.05.2015) https://www.boe.es/boe/dias/2015/04/28/

[4] Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Publicada en el Boletín Oficial del Estado, 6 de octubre de 2015 (Verificado el 30.04.2016) https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10725

[5] Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. Publicada en el Boletín Oficial del Estado, 6 de octubre de 2015 (Verificado el 30.04.2016) https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10726

[6] Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 77 de 31 de marzo de 2015 (Verificado el 30.04.2016) https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3440.pdf

[7] ECHANO BASALDUA, J. I., Sobre el Derecho Penal ante el fin de ETA, Hermes, SAF, 2013, pp. 56

III. LO 2/2015 REFORMA CÓDIGO PENAL EN MATERIA DE DELITOS DE TERRORISMO

En el preámbulo de esta Ley, se hace referencia a nuestra tradicional regulación antiterrorista que se mantiene, y a la cual se adicionan las nuevas formas de actividad terrorista internacional recogida en la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.[8]

La experiencia de España en la lucha contra el terrorismo nos ha permitido contar con una legislación penal que da respuesta a grupos terroristas cohesionados alrededor de uno o varios líderes, con estructura orgánica, reparto de roles dentro de la organización y relaciones de jerarquía asumidas por los integrantes del grupo terrorista. El eje del tratamiento penal del terrorismo era, por tanto, la definición de la organización o grupo terrorista y la tipificación de aquellas conductas que cometían quienes se integraban en ellas o, de alguna forma, prestaban su colaboración.

Las nuevas amenazas terroristas (se está pensando en el terrorismo yihadistas) se han internacionalizado, realizan una difusión de sus mensajes a través de internet, con abundante uso de las redes sociales. Por ello exigen, la actualización de la normativa para dar cabida al fenómeno del terrorismo individual, junto al de los combatientes extranjeros que se unen a las organizaciones terrorista o algunas de sus filiales, al ya regulado y conocido por España de organización o grupo terrorista.

Someramente la regulación se ubica en el Capítulo VII del título XXII del libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que se divide en dos secciones y que comprende los artículos 571 a 580.

La sección 1.a lleva por rubrica "De las organizaciones y grupos terroristas" y mantiene la misma regulación hasta ahora vigente, con la definición de organización o grupo terrorista y la pena que corresponde a quienes promueven, constituyen, organizan o dirigen estos grupos o a quienes se integran en ellos.

La sección 2 lleva la rúbrica "De los delitos de terrorismo" y comienza con el delito de terrorismo en el artículo 573 que se inspira en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha

[8] Relativa a la Amenazas a la paz y la seguridad internacionales causadas por actos terroristas (Verificado el 01.05.2016) http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/RES/2178(2014)

contra el terrorismo, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre de 2008.

Quiero destacar el artículo 579 bis que prevé la posibilidad de atenuación de la pena a quienes hayan abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y colaboren con las autoridades, y también, para el caso de que el hecho sea objetivamente de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

IV. COLABORACIÓN CON LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD DEL ESTADO

En los años ochenta se empezó a valorar la colaboración de los terroristas con la justicia, el arrepentimiento como figura atenuadora de la pena para los miembros de las bandas terroristas y organizaciones criminales que quisieran abandonar las actividades delictivas y además ayudar en la investigación criminal.

Ello venía recogido en el artículo 579.4 del Código Penal donde se permitía la posibilidad de valorar el arrepentimiento activo como atenuación específica. Hoy se regula en el art.579.bis 3 del Código Penal.

En mi opinión, no se dan los requisitos propios de la justicia restaurativa, porque se prescinde de la víctima, es una decisión de política criminal que beneficia a toda la sociedad, aunque hay autores que opinan que subyace una compensación moral a la víctima.

V. LIBERTAD CONDICIONAL Y SUSPENSIÓN DE LA PENA

- En los delitos de terrorismo, el artículo 90 del Código Penal antes de la reforma por la LO 1/2015, la petición de perdón a las víctimas suponía, un signo de reinserción social para poder obtener la libertad condicional. Y la libertad condicional se entendía como una institución autónoma, como el último grado del sistema penitenciario de individualización científica de la pena.

- Tras la reforma, se ha suprimido la figura penitenciaria de la libertad condicional independiente, quedando absorbida por la suspensión de la pena, perdiendo su autonomía y convirtiéndose en una modalidad de suspensión.

- Se regula en el mismo artículo 90 apartado 8, pero se ha eliminado la referencia a la reinserción social, se requiere que

> "el penado demuestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedirla producción de otros delitos por parte de la organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas … lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades"

A estos delitos terroristas y de organización criminal no les son de aplicación los supuestos de adelantamiento a las 2/3 partes de la condena (apartado 2 del art. 90 CP), ni el de los 90 días (del mismo apartado 2 del artículo 90 último párrafo), ni el excepcionalísimo de mitad de la condena para condenas de menos 3 años (apartado 3 del artículo 90 del Código Penal).

Esta regulación encaja dentro de la justicia restaurativa porque se valora el arrepentimiento, el perdón a las víctimas, la disminución de los efectos del delito, si bien, no faltan voces que critican que se ha optado por un criterio moralizante e inadecuado por el momento en el que acontece, durante el tratamiento penitenciario, donde únicamente se debería valorar la evolución de la conducta del sujeto.

Unido a lo expuesto, se ha introducido un nuevo artículo 92.2 del Código Penal en relación a la prisión permanente revisable y su suspensión en estos delitos, semejante en cuanto a los requisitos al artículo 90 y requiriendo además que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena, esté clasificado en tercer grado y exista un pronóstico favorable de reinserción social.

VI. INDULTO

Es un acto de gracia a los condenados por una sentencia penal firme, que otorga el Rey, a propuesta del Ministro de Justicia, previa deliberación del Consejo de Ministros. Tiene como efecto la extinción de la responsabilidad penal, pero no sus efectos.

Puede solicitarlo el mismo penado, sus parientes o cualquier otra persona en su nombre, sin necesidad de poder de representación.

Es una decisión política, que puede suponer un acortamiento o extinción de la condena. En España durante los años noventa, se otorgaron indultos a aquellos presos etarras que se mostraban decididos y comprometidos con el abandono de la lucha armada y no poseían delitos de sangre.

De *lege ferenda*, la mediación podría facilitar al juez la concesión de este tipo de

suspensión del artículo 4.4 del Código Penal así como para emitir un informe favorable de cara a la concesión de indulto. Y quizás como dice el Fiscal Superior de Justicia del País Vasco Juan Manuel Calparsoro[9] no hay que descartar la utilización del derecho de gracia total o parcial en aquellos casos y en el momento en que la utilidad social, la equidad o la justicia lo requieran, de acuerdo siempre con las previsiones legales.

VII. DISPERSIÓN DE LOS PRESOS[10]

Los modelos adoptados por los distintos países ante los delincuentes considerados peligrosos como los terroristas, han ido desde su dispersión individual, con o sin traslados regulares y sistemáticos entre centros, a su concentración en unidades especiales.

En España en los años 80 se optó por la concentración de estos presos, con el fundamento de evitar contagios y proselitismo, para pasar posteriormente a la dispersión, que hoy continúa, entendiendo que ya no concurría ese riesgo de contagio criminógeno, tratar de poner fin a la unión del colectivo de preso etarra a su disciplina denunciada por la propia administración penitenciaria, y facilitar así su reinserción social. Aunque también se esconden razones de seguridad.

No son pocos los autores[11] que postulan que la política de dispersión de los condenados por terrorismo debe usarse únicamente como instrumento al servicio del tratamiento penitenciario, y una vez estos presos hayan reconocido el daño causado, y aceptado la legislación vigente incluida la penitenciaria, debe procederse a un acercamiento a las prisiones del lugar de origen o de residencia, lo que así se ha hecho de forma reducida bajo la denominación de aquellos presos etarras acogidos a la denominada vía Nanclares.

VIII. DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL ÁMBITO PENAL

No pocos profesionales del derecho, entiende que la justicia restaurativa y una de sus expresiones más significativas como es la mediación, no tienen cabida en el derecho penal y mucho menos en estos delitos tan graves. Ciertamente, resulta mucho más fácil

[9] CALPASORO DAMIÁN, J. R., El derecho penal ante el fin de ETA, Revista de pensamiento e historia (HERMES) n. 42, 2012, pp. 63

[10] Confróntese con RODRÍGUEZ YAGÜE, C., Política Penitenciaria antiterrorista en España: La dispersión de las Prisiones de Seguridad, Privación de libertad y Derechos humanos: las otras prisiones, Universidad de Valencia, 2014, pp. 182-209

[11] RODRÍGUEZ YAGÜE, C., Las respuestas del derecho penitenciario ante la delincuencia terrorista. ¿Hacia un modelo de prisión perpetua?, Revista General de Derecho Penal nº 13, 2010, pp. 9

estos programas de mediación en los delitos de carácter leve. Pero nuestro Código Penal, tras la reforma por la LO 1/2015 ha introducido tímidas modificaciones, permitiendo el perdón, no solo en las formas vistas más arriba, también como extinción de la responsabilidad penal (artículo 130 del Código Penal), el principio de oportunidad, y una cierta disposición del proceso, al menos en los delitos leves donde se exige la previa denuncia del afectado.

Ahora bien, como afrontar y enfrentarnos a este nuevo periodo donde la banda terrorista ETA ha callado sus armas y donde muchos presos etarras han pedido perdón a sus víctimas y a las víctimas causadas por ETA.

Se ha iniciado un nuevo tiempo donde la respuesta penal circunscrita al delito y su condena penal y civil, es necesaria pero puede no ser suficiente para las víctimas y sus victimarios. El hecho de iniciar y asumir un proceso de mediación de forma voluntaria permite tanto a las personas que participan, como a las que no, realizar uno de los escasos ejercicios de libertad, de control de sus vidas. Los actos reparadores no son siempre materiales, pueden ser gestos simbólicos, una explicación, unas disculpas sinceras.[12] Hoy, ante este nuevo panorama de paz social en el País Vasco y en el resto de España, con la necesaria prudencia, pues ETA sigue existiendo, esta necesitada de gestos que supongan no mirar atrás en espera de venganza.

En el año 2011 se llevó a cabo una experiencia de mediación entre presos de ETA y víctimas de ETA. A través de Instituciones Penitenciarias y de la Oficina De Víctimas del Gobierno Vasco, con expertos en mediación. Estos profesionales expusieron a las víctimas no solo en qué consistía este programa de mediación, sino haciendo especial hincapié en que el preso no obtendría ningún beneficio penitenciario por ello. Y respecto a los presos que esta experiencia suponía una respuesta más a su voluntad de rechazar la violencia y reconocer el daño causado. El resultado… para las víctimas obtener respuestas, sosiego…para los victimarios su recuperación para la sociedad, su autocrítica…[13]

Sin embargo esta experiencia no continuó, hubo un cambio político, y se pasó al Plan de Reinserción del Ministerio del Interior, cuyas conclusiones están por llegar,

[12] LOZANO ESPINA, F., Mediación penitenciaria: conflictos entre personas privadas de libertad, Alfa Delta Digital SL, Valencia 2013, pp.57

[13] VARONA MARTÍNEZ, G., Justicia restaurativa en supuestos de victimación terrorista: hacia un sistema de garantías mediante el estudio criminológico de casos comparados, EGUZKILORE nº 26, San Sebastián 2012, pp. 244-245

pero que no se gestionan por el instrumento mediador.

IX. CONCLUSIONES

La legislación penal y penitenciaria empieza a contemplar el arrepentimiento y el perdón tímidamente, no se trata de otorgar impunidad, impropio de un Estado de Derecho donde las víctimas tienen derecho a la justicia, pero sí de revisar aquellas disposiciones excepcionales, adaptarse a esta nueva situación (al menos frente a la organización terrorista ETA) de aquellos de sus miembros que habiendo sido terrorista hayan dado un paso adelante, abandonando las armas, solicitando perdón e intentando reparar el daño causado.

La política penitenciaria podría representar ese papel que reclama la justicia restaurativa, de reparación, de verdad, de diálogo entre víctima y victimarios, que no tiene porque traducirse, siempre o en todo caso, en la concesión de permisos o modificación de la clasificación penitenciaria, pero sin duda ayudarán al tratamiento penitenciario, y a la reparación de la víctima, a su dignificación como tal.

BIBLIOGRAFIA

CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., Contestaciones de Derecho Penal al programa de Judicatura. Parte Especial volumen II. Madrid: COLEX, 1997, pp. 279-280

ECHANO BALDASUA, J. I., Sobre el derecho penal ante el fin de ETA, Revista de pensamiento e historia (HERMES) n. 45, 2013, pp. 52-59

ETXEBARRÍA, X., Perspectiva restaurativa ante el fin de ETA, Revista de pensamiento e historia (HERMES) n. 42, 2012, pp. 66-72

GARCÍA VALDES, C., La legislación antiterrorista: Derecho vigente y Proyectos continuistas, V Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Segovia, mayo 1984, pp. 293-303

CALPASORO DAMIAN, J. R., El derecho penal ante el fin de ETA, *R*evista de pensamiento e historia (HERMES) n. 42, 2012, pp. 58-64

LOZANO ESPINA, F., Mediación penitenciaria: conflictos entre personas privadas de libertad, Alfa Delta Digital SL, Valencia 2013, pp.5-123

RODRÍGUEZ YAGÜE, C., Política Penitenciaria antiterrorista en España: La dispersión de las Prisiones de Seguridad, Privación de libertad y Derechos humanos: las otras prisiones, Universidad de Valencia, 2014, pp. 182-209

RODRÍGUEZ YAGÜE, C., Las respuestas del derecho penitenciario ante la delincuencia terrorista. ¿Hacia un modelo de prisión perpetua?, *Revista General de Derecho Penal* nº 13, 2010, pp. 1-25

VARONA MARTÍNEZ, G., Justicia restaurativa en supuestos de victimación terrorista: hacia un sistema de garantías mediante el estudio criminológico de casos comparados, EGUZKILORE nº 26, San Sebastián 2012, pp. 201 - 245

VICENTE DE GREGORIO, M., Cuestiones básicas de Derecho penitenciario y de ejecución de penas privativas de libertad, Líneas de Distribución Logística del Papel, S.L., Madrid 2015, pp. 69-72

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO (2016, 20 de abril), http://www.boe.es/

MINISTERIO DE JUSTICIA (2016, 20 de abril), http://www.mjusticia.gob.es/

PODER JUDICIAL (2016, 20 de abril), http://www.poderjudicial.es/

SECRETARIA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS

http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/laVidaEnPrision/salidasExterior/permisosOrd.html

* * * * * *

Daniel Sánchez Romero
Letrado ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Jerez de la Frontera. Socio de la FICP.

~Cumplimiento de la pena y abono de la prisión provisional~

I. INTRODUCCIÓN

Durante largos años la jurisprudencia ha venido realizando una interpretación generosa de la forma en que se entiende que deberá realizarse el cómputo del cumplimiento de la condena, en el sentido de permitir el abono de la prisión preventiva en causa distinta, cuando el procedimiento en el que se adoptó la citada medida cautelar se dictó sentencia absolutoria, o condenatoria, pero imponiendo una pena de duración inferior al período en el que el condenado permaneció privado cautelarmente de libertad. Al respecto, se razonaba tal proceder en la necesidad de reconocer, en beneficio del reo,

> "la posibilidad de computar en otros procesos diferentes ese tiempo anterior de privación de libertad, todo ello de acuerdo con lo que puede considerarse como un principio general de derecho, de común aplicación a las diversas ramas jurídicas, en virtud del cual, cuando un mal se produce, su reparación ha de realizarse con prioridad de forma específica, de modo que sólo ha de acudirse a la solución de la indemnización pecuniaria subsidiariamente, es decir, sólo cuando no haya otra posibilidad de compensar ese mal de otro modo más adecuado a su propia naturaleza".

A tenor de lo expuesto, la interpretación amplia que la jurisprudencia hacía del mencionado precepto se basaba en razones de equidad, en el sentido de que habiendo sufrido el reo una privación de libertad injusta, bien porque finalmente resultó absuelto o bien porque se le impuso una pena de menor duración, parecía obligada la reparación del daño causado estimándose que el modo más adecuado para ello sería el cómputo de la prisión preventiva sufrida o el exceso sobre la pena impuesta, en causa distinta.

Esta orientación jurisprudencial fue acogida en el Código Penal de 1995, en cuyo art. 58 se prevé de modo expreso el cómputo de la prisión preventiva en otro procedimiento diverso, lo cual tendría su justificación en que

> "dado que la pena es por sí misma una reducción del status del autor respecto de sus derechos fundamentales, es evidente que toda privación de derechos sufrida legítimamente durante el proceso constituye un adelanto de la pena que no puede operar contra el acusado. Si se negara esta compensación de la pérdida de derechos se vulneraría el principio de culpabilidad, pues se desconocería que el autor del delito ya ha extinguido una parte de su culpabilidad con dicha pérdida de derechos y que ello debe serle compensado con la pena impuesta".

Dicha regulación venía a otorgar soporte normativo a la interpretación amplia y benévola que la jurisprudencia había hecho del art. 33 del Código Penal de 1973,

manteniendo, como presupuesto cronológico necesario, el que los hechos motivadores de la condena que se pretende abonar con la prisión preventiva se hubieran cometido con anterioridad a la adopción de esta medida cautelar. Sin embargo, la rigidez de esta declaración legal fue igualmente suavizada por la jurisprudencia en el sentido de establecer que, con carácter excepcional, podía efectuarse el citado abono para condenas por hechos posteriores a la prisión preventiva, siempre que tales hechos fuesen cometidos antes de que el sujeto tuviera conocimiento de que en la causa en la que se acordó la referida medida cautelar se había dictado sentencia absolutoria, o condenatoria, pero de duración inferior a la prisión preventiva sufrida.

El cambio de criterio jurisprudencial en esta Institución fue a raíz de la sentencia TC 57/2008 de 28 de abril, que viene a reinterpretar el artículo 58.1 del Código Penal en lo que se refiere al abono de la prisión preventiva.

Con anterioridad a dicha sentencia, el sentido común y la práctica consolidada entre los Jueces y Tribunales establecía que un único periodo de privación de libertad no podría servir para cumplir dos condenas a la vez. Si bien el Tribunal Constitucional no lo entiende de esta manera y concluye en dicha sentencia que, en el supuesto de que coincidan simultáneamente en un mismo sujeto una medida de prisión provisional y una pena de prisión, deberá abonarse ese mismo periodo a ambas causas.

Por su parte, el Ministerio Público reaccionó rápido señalando que los primeros beneficiarios de la nueva doctrina estaban siendo las personas condenadas por delitos de narcotráfico o integradas en organizaciones o grupos criminales, a las que, paradójicamente, la reiteración delictiva les estaba favoreciendo. Incluso el Tribunal Supremo se pronunció sobre este asunto manifestando que los beneficiarios serían los que más delitos y más largas condenas acumulen frente a los que han delinquido una sola vez. Así, por ejemplo, para los condenados por delitos de terrorismo se solicita que el abono de la prisión preventiva sufrida, en coincidencia con una pena de prisión, se realice sobre el límite legal; o bien, en el supuesto que se solapen varias prisiones preventivas se les abonen a todas ellas.

Los razonamientos en justicia penal deberían estar bien asentados sobre argumentos sólidos de difícil variabilidad interpretativa, máxime cuando afecta a situaciones personales de los individuos y puedan generar agravios comparativos inexplicables. La práctica jurídica diaria nos demuestra todo lo contrario, dando lugar a desajustes en el funcionamiento normal del sistema penal. Anomalías, que en cierta

medida pueden chocar contra el propio sentido de "justicia". Lo que ha llevado al legislador a tratar de arreglar el entuerto penal, modificando el artículo 58.1 del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, prohibiendo definitivamente el doble computo de la prisión preventiva; pero que deberá convivir con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 57/2008.

Y, finalmente, podría quebrar el principio de buena fe procesal en los casos en que el sujeto afectado, encontrándose imputado en varios procedimientos, acepte en la comparecencia de la medida cautelar del art. 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de una de las causas la prisión preventiva con la finalidad de poder computarla doblemente, tanto en esa causa como en las otras. Del mismo modo, con tal interpretación se propicia que el imputado defienda a ultranza la división de la continencia de la causa, pues, al referirse el precepto a distintas causas, podría utilizar en tal caso la prisión preventiva acordada para el abono de la pena impuesta en las restantes.

En definitiva, el Tribunal Supremo concluye afirmando que

> "esta interpretación provoca la creación de facto, de un beneficio penitenciario no previsto precisamente por el Legislador, con clara incidencia en materia de ejecución de condenas y con efectos incalculables e imprecisos, al quedar el licenciamiento definitivo al albur del caso concreto, quebrando el principio de legalidad en materia penal y penitenciaria",

y abogando por una reforma del precepto en la que, de modo indubitado y expreso, se excluya la posibilidad del doble cómputo.

II. EVOLUCIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DEL ABONO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

No obstante lo anterior, en posteriores resoluciones el Tribunal Constitucional fue matizando el alcance de la doctrina sentada en la mencionada sentencia 57/2008. Y así, en primer lugar, rechazó que pudiera abonarse un período de prisión preventiva, acordado simultáneamente en varias causas penales, para las respetivas penas que posteriormente se impusieran. Sería el caso de una persona que se encontrase en situación de prisión preventiva, acordada por dos juzgados en causas diversas, el referido período sólo podrá ser abonado en una de ellas y no en ambas pues

> "la simultánea situación de prisión provisional acordada en dos causas penales no causa perjuicio material efectivo añadido, a quien así se ve privado de libertad, por el simple hecho de venir fundada en dos títulos jurídicos, pues el demandante, en su condición de preso preventivo en dos causas, lo está con un único régimen jurídico aunque procesalmente pesen sobre él dos órdenes cautelares de privación de libertad que en nada se afectan mutuamente".

Y, por otra parte, en los supuestos de cumplimiento acumulado de varias condenas con establecimiento de límite máximo, conforme a lo dispuesto en los arts. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 76 del Código Penal, ha declarado asimismo que los períodos de prisión preventiva deberán abonarse sobre cada una de las condenas y no sobre el límite máximo de cumplimiento. De esta forma, si una persona ha sido condenada por cinco delitos a una pena de dos años de prisión cada uno, por aplicación de las reglas del concurso real previstas en el precitado art. 76 del Código Penal, el límite máximo de cumplimiento será de seis años, al ser inferior a la suma aritmética de todas ellas. Si en cada delito ha sufrido un año de prisión preventiva dicho período será computado en cada una de las condenas y no sobre la total, y así, descontando un año de cada pena, resultarían cinco condenas de un año con límite máximo de cumplimiento de tres años, no pudiendo en cambio, restar la totalidad del período pasado en prisión preventiva (cinco años) del límite máximo de cumplimiento (seis años).

Esta posición sobre el cómputo de la prisión preventiva en los supuestos de refundición de condenas es plenamente congruente con la "doctrina Parot", conforme a la cual los beneficios de redención de pena por el trabajo deberán aplicarse sobre cada condena en particular y no sobre el límite máximo de cumplimiento, pero, tras ser anulada dicha doctrina por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 21 de octubre de 2013, habría que plantearse la viabilidad de la doctrina expuesta en relación con la prisión preventiva y la posibilidad de que dicha medida cautelar pudiera computarse sobre el citado límite máximo.

III. CÓMPUTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Esta materia se encuentra regulada en los artículos 58 y 59 del Código Penal:

El artículo 58 establece que el tiempo de privación de libertad provisional sufrido será abonado en su totalidad por parte del Juez o Tribunal sentenciador, en las penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, con la excepción de que haya coincidido con cualquier otra privación de libertad acordada en otra causa, siendo la regla general que en ningún caso cabrá el doble cómputo en más de una causa.

En su párrafo segundo se establece que podrá acordarse, de oficio o a petición del interesado, el abono de prisión provisional sufrido en causa distinta de la que la decretó, debiendo comprobarse que la misma no ha sido abonada en otra causa por parte del Juez de Vigilancia penitenciaria, previa audiencia del Ministerio Fiscal.

> "**Artículo 58.** […] 3. Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.
>
> 4. Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente."
>
> "**Artículo 59:** cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada."

Nos encontramos con los siguientes supuestos:

Abono de prisión preventiva en la misma causa. También denominado abono propio o estricto, por resulta lógico que aquel tiempo de prisión preventiva se aplique como condena cumplida a cuenta de la pena posteriormente impuesta. Aunque la competencia la ostenta los Jueces y Tribunales sentenciadores, es habitual que antes de practicar la correspondiente liquidación de condena, se dirigían al establecimiento penitenciario con el fin de que se informe sobre el tiempo que podría ser abonado para el cumplimiento de la causa en la que habían dictado sentencia. Pues, aunque tengan conocimiento del tiempo que el reo había estado privado provisionalmente de libertad durante la instrucción del proceso penal, desconocía el Juez o Tribunal si ese período ya había sido abonado o no al cumplimiento de otras causas.

Se tiene que abonar también el tiempo de detección (STS 501/2001, de 22 marzo), no en cambio la medida cautelar que haya podido sufrirse en un expediente administrativo disciplinario (artículo 34 CP y STS 1194/1999, de 14 de julio).

El abono puede acordarse en la sentencia, en la parte dispositiva, y una vez hechas todas las operaciones de reducción penológica conforme al artículo 76 del Código Penal.

Si al condenado se le suspende o sustituye la pena impuesta, no tiene por qué aplicársele la preventiva sufrida en dicha causa, puede aplicarla a otra causa distinta cumpliendo los requisitos.

Abono de la prisión preventiva sufrida en otra causa. También llamado abono impropio o amplio, por tener lugar cuándo el penado, habiendo permanecido un tiempo en prisión preventiva, el procedimiento penal ha sido sobreseído y archivado, o se ha estimado prescrito el delito, o se ha dictado sentencia absolutoria o la pena impuesta es inferior al periodo pasado en prisión preventiva. En todos estos supuestos el tiempo de

prisión preventiva, indebidamente padecido, se aplicaría a otra condena que se esté cumpliendo.

El penado solicitara el abono al Juez de Vigilancia Penitenciaria, una vez hecha y notificada la liquidación ordinaria por el juez o tribunal sentenciador. Contra la resolución del JVP cabe recurso de apelación que deberá resolver el Tribunal Sentenciador de la pena en la que se pretende abonar.

No se abonará la prisión preventiva de una causa a otra, cuando la segunda se comete conociendo que se tiene un periodo de prisión preventiva cumplido en exceso o indebidamente de la primera causa. Se trata de evitar que la persona en el momento de cometer un delito conozca, o pueda conocer de antemano, que tiene un tiempo de prisión preventiva susceptible de ser abonado a otra causa: es la teoría de evitar, lo que se ha venido denominado "el cheque en blanco". (Artículo 58.3. del CP)

Abono de la prisión preventiva simultáneamente en dos causas. Aquí opera la conocida sentencia del Tribunal Constitucional nº 57/2008 de 28 de abril para el supuesto de que coincidan simultáneamente en un mismo sujeto una medida de prisión provisional y una pena de prisión, debiendo abonarse ese mismo periodo a ambas causas.

El razonamiento del alto tribunal comienza significando que la prisión provisional y la pena de prisión son dos instituciones cuyos presupuestos, finalidades y funciones son distintos. Añade también que la prisión provisional añade un plus de penalidad al interno, al no poder acceder al tercer grado o la libertad condicional o para poder obtener permisos. Y, por último, manifiesta que el antiguo artículo 58.1 del Código Penal no contenía ninguna previsión que prohibiera el doble computo de pena y prisión preventiva.

Como quiera que el nuevo artículo 58.1 del código no pueden aplicarse de forma retroactiva (STS 74/201 de 28 de enero o STS 236/2011 de 6 de abril), el problema radica en la interpretación que el constitucional hace del articulo 58.1 en su redacción anterior a la reforma efectuada por la Ley Orgánica 5/2010. Doctrina ya de por sí muy criticada por los diferentes estamentos judiciales ante las posibles situaciones anormales que podrían plantearse. Ejemplo de ello lo encontraríamos en varias sentencias del Tribunal Supremo 139/2009, 414/ 2010, 802/2011, 74/2011 o 667/2010, negativas todas ellas a la computación doble de la prisión provisional. Merece destacar por su relevancia

en la lucha contra el terrorismo, la STS 208/2011 de 8 de marzo, que niega la extensión de los efectos a la doctrina Parot señalando que la prisión preventiva se descontaría no del máximo legal de cumplimiento, sino sobre cada una de las penas considerada independiente.

La solución a la controversia planteada puede venir según el Fiscal Gómez Recio "por una reinterpretación de la redacción originaria del articulo 58.2 desde la ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, haciéndolo extensible su contenido a todo el completo articulo 58 donde se encuentra insertado. "El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria…". Lo que excluye a su juicio toda posibilidad del doble cómputo; además de respetar la doctrina sentada por la STC 57/08 que a partir de la citada ley anteriormente señalada debe ser aplicada.

Afortunadamente, podemos decir que tras la reforma del artículo 58.1 del CP por la Ley Orgánica 5/2010 esta vía de impunidad ha quedado totalmente cerrada.

Como último inciso a este respecto, cabe destacar la casuística que se produce en el intervalo de tiempo que transcurre, desde el dictado de la meritada STC 57/08 hasta la promulgación de la LO 5/2010.

Los juzgados de vigilancia penitenciaria, aun cuando respetan el tenor literal de la nueva redacción del artículo 58, que señala expresamente que "en ningún caso un período de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa", y posteriormente a verificar en liquidación de condena que dicho período no ha sido anteriormente liquidado, llegan a la siguiente solución:

Actualmente, al concurrir situaciones de prisión provisional en una causa y de penado en otra, no tiene cobertura legal por cuanto no se excluyó de forma expresa por el legislador en el artículo 58 C.P

Esta doctrina ha sido el instrumento habilitante para declarar haber lugar al abono de la prisión provisional sufrida en otra causa, hasta la entrada en vigor de la LO 5/2010.

BIBLIOGRAFÍA

CASTILLO CODES, Enrique del, El abono de la prisión preventiva, Noticias jurídicas. Recurso electrónico disponible en: http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4905-el-abono-de-la-

prision-preventiva/

SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel. Abono de la prisión provisional y tribunal constitucional, Revista Española de Derecho Constitucional, 95, 2012, pp. 347-375.

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 57/2008 de 28 de abril

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013.

* * * * * *

Inmaculada Serrano Pérez

Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Abogada no ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Socia FICP.

~La responsabilidad civil en la LO 7/2003 en el tratamiento penitenciario y en especial en relación con la víctima~

La LO 7/03, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, introduce importantes y novedosas reformas, tanto en el ámbito del Derecho penal material, como en el Derecho de ejecución de penas. En cuanto a la ejecución de las penas se introduce la exigencia de la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito, como requisito de acceso al tercer grado y a la libertad condicional. Hasta ahora, la idea más generalizada entre todos los agentes intervinientes, tanto en el proceso como en la ejecución penal, era que las indemnizaciones a las víctimas de los delitos y faltas no se cumplían, no se pagaban[1]

A lo largo de la historia ha sido cambiante el papel jugado por la víctima dentro del sistema penal, pues de ser el protagonista y actor principal en una primera época[2] ha pasado a ser el gran olvidado ya que las leyes penales, alumbradas por el sistema liberal, se fueron ocupando de garantizar y proteger todos los derechos y prerrogativas del infractor, en perjuicio, o al menos, con olvido y abandono de aquellos que padecían las consecuencias de la infracción. Esta situación motivó la aparición de movimientos a favor de la víctima del delito, que con mayor o menor incidencia, se han venido manifestando en distintos países a partir de los años sesenta. De esta forma, y dentro del campo de la Criminología y del Derecho Penal, surge la llamada Victimología, que tiene por objeto el estudio científico de las víctimas desde una perspectiva de prevención, reintegración y compensación por el daño sufrido. En el plano internacional se celebran numerosos Congresos y Conferencias internacionales sobre las víctimas y sus derechos, y fruto de este interés, los organismos internacionales introducen menciones, declaraciones de principios y modificaciones en sus Cartas Constitutivas y Tratados. Dentro de este ámbito internacional surgen convenios en el marco de las Naciones Unidas y de la Unión Europea, y de forma correlativa, en distintos Estados

[1] RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Derecho Penal Español. Parte general, Madrid, 1981, dice textualmente a este respecto "No hay proveimientos para que se consiga hacer efectiva verdaderamente la responsabilidad civil declarada, que en la mayoría de las ocasiones queda reducida a una platónica declaración por la insolvencia del reo".

[2] ROIG TORRES, M., La reparación del daño causado por el delito. (aspectos civiles y penales), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 27 y ss.

del área occidental, distinguiendo distintas áreas. Por un lado, surge la llamada "justicia reparadora", con la llamada "tercera vía" y los sistemas de mediación y por otro, la específica figura de la responsabilidad civil y sus repercusiones en el campo de la ejecución penal y en especial en el mundo penitenciario.

Consecuencia de estos movimientos a favor de una mayor atención y protección de las víctimas de delitos, y de un cierto fracaso de los distintos sistemas penales en orden a la rehabilitación y reinserción de los delincuentes, surgen numerosas propuestas doctrinales dirigidas a la modificación de esos sistemas, y relacionadas, al mismo tiempo, con la reparación de daños producidos por el delito. Asi, dos grandes modelos se pueden distinguir, por una parte los que se fundamentan en sistemas de mediación o conciliación y por otra, los que pretenden integrar la reparación, bien como sanción autónoma, bien de forma vinculada a otras (atenuante o eximente), o bien como alternativa (suspensión o sustitución de la pena)[3].

Centrándonos en el modelo de mediación decimos que, los sistemas de mediación o conciliación posibilitan la puesta en común de las posiciones de víctima y ofensor en orden a llegar a un acuerdo sobre la reparación del daño causado. Estos procedimientos se pueden desarrollar dentro del ámbito judicial, bien en algún momento dentro del largo camino procesal penal, bien sea a iniciativa de las partes, del propio Juez, o del Ministerio Fiscal en base al principio de oportunidad[4] y fuera de ese ámbito, extrajudicialmente, de forma previa a su inicio, y generalmente con el objetivo de evitarlo.

Pese a la falta de regulación expresa de la mediación, tanto en el proceso penal en relación a su incidencia en las fases del procedimiento formal, como en el Código Penal en relación a sus efectos penológicos en la sentencia, los acuerdos de mediación alcanzados entre las partes pueden tener consecuencias de gran relevancia en ambos supuestos, dando lugar a la mediación prejudicial en cuyo caso los efectos pueden producirse: desde antes del inicio de las actuaciones hasta el momento del juicio oral, y a la mediación judicial, en cuyo caso la mediación puede valorarse en el transcurso del juicio antes de la sentencia condenatoria o bien en la misma ejecución de la condena.

---

[3] SERRANO PASCUAL, M, Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal Español, Ed. Trivium, Madrid, 1999, pp. 228 y ss.

[4] DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., El reto de la Mediación Penal: El principio de oportunidad, Diario LA LEY n. º 6520, 6 de julio de 2002.

Con estas modalidades nos estamos refiriendo a aquella mediación que se realiza antes o durante el juicio y que el Juez, en su caso, la puede valorar para archivar los hechos o como un elemento a tener en cuenta en la selección de la respuesta punitiva en la misma sentencia, o bien a la mediación que se alcanza después de la sentencia condenatoria, e incluso durante el cumplimiento de la condena, lo que permite desplegar sus efectos ya en sede de ejecución. Desde una concepción de dar un mayor protagonismo a la víctima, se ha venido entendiendo que el delito no sólo es un conflicto entre el autor y el Estado, sino que principalmente lo es entre el primero y la víctima, y en consecuencia, es a ambos a quien corresponde, de forma principal, su solución[5]

Hay que tener en cuenta que, la mediación no limita sus efectos al momento en que se haya alcanzado el acuerdo, salvo por razones cronológicas, es decir, si se alcanza el acuerdo después de la sentencia, no es posible valorarla en la misma por ser ya cosa juzgada, sin embargo no hay problema para que sea valorada en la ejecución, aunque se alcanzara el acuerdo durante el enjuiciamiento, como un criterio más a valorar sobre las circunstancias individuales propias de la ejecución. De esta manera a partir del momento en que se alcance el acuerdo, los distintos operadores jurídicos que se ocupen del conflicto, van a poder valorarlo, con independencia del momento procesal donde se produzca, permitiendo con ello que surta efectos sobre la sentencia o sobre la modalidad de cumplimiento. Mediante la mediación, y desde una perspectiva moral-religiosa, se señala que puede conseguirse la reconciliación víctima-ofensor[6], y también, en un sentido más laico, la estabilización de la norma. Por otro lado, se señala que resulta positivo el confrontar al delincuente con su víctima y que tome conciencia del daño causado como parte de su proceso de rehabilitación y resocialización[7].

En relación a las consecuencias penales de la mediación, son varias las opciones que nos brinda la legislación penal que permiten dar eficacia a los acuerdos de reparación o conciliación con la víctima alcanzados en el transcurso del proceso y durante la ejecución de la sentencia, teniendo en cuenta que, al no estar previstas propiamente para acuerdos de mediación, suelen ser soluciones rígidas ya que en unos

[5] SILVA SÁNCHEZ, J. M., Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación, en Poder Judicial, núm. 45, 1997, pág. 193,

[6] BERISTAIN IPIÑA, A., Criminología y Victimología. Alternativas re-creadoras del delito, Grupo Editorial Leyer, Bogotá, 1998, págs. 233 y ss:

[7] TAMARIT SUMALLA, J. M., La introducción de la justicia reparadora en la ejecución penal: Una respuesta al rearme punitivo?, iustel.com, RGDP, nº. 1, mayo 2004, pág. 14 y ss.,

casos son figuras de exclusiva protección a la víctima y en otros son figuras dirigidas a impedir penas cortas de prisión, por lo tanto figuras pensadas para el delincuente. La tarea que se presenta a partir del análisis de la regulación de todas ellas, es enfocarlas e interpretarlas desde el punto de vista dinámico y circular de la Justicia restaurativa, es decir como un acuerdo entre partes y no desde la visión unilateral en la que vienen recogidas actualmente por el legislador.

No ha sido frecuente en la legislación española que en sede de ejecución penitenciaria se estableciera alguna previsión para facilitar el pago de los daños ocasionados a la víctima, ya que tradicionalmente las leyes penitenciarias se han ocupado de regular los derechos y deberes de los reclusos ignorando el papel de la víctima cuya presencia terminaba en el proceso. Ejemplo de esas referencias históricas son:

- El Código Penal de 1870 que en su art. 114 establecía que el producto del trabajo forzoso de los presidiarios se destinaría en primer lugar a hacer efectiva la responsabilidad civil procedente del delito y además a contribuir por los gastos ocasionados al establecimiento y proporcionar a los penados un ahorro.
- El Código Penal de 1928 establecía que las dos terceras partes del producto del trabajo de los penados se destinaria a cubrir las responsabilidades civiles subsistentes.
- Más recientemente el Proyecto de Código Penal de 1980 que contemplaba que el importe de los salarios de los reclusos trabajadores se dedicaría, entre otras aplicaciones, al pago de la responsabilidad civil derivada del delito, previsión que no recogió el Código Penal de 1995.

El tratamiento de la reparación en algunos países, dentro de un amplio entorno cultural ha sido muy diferente por lo que muy brevemente pasamos a analizar:

Estados Unidos: En este país se parte de un modelo en el que se encuentra absolutamente separadas las vías civil y penal para la reclamación de daños ocasionados por el delito. Siendo la primera, la única que puede utilizar el perjudicado. No obstante, mediante la "Restitution order", el Juez condena a la reparación del daño por parte del autor, bien como sanción penal única, sumada a otra, o como sustitutiva. Distinta es la llamada "compensatio", que consiste en el pago al agraviado de una cantidad con cargo al erario público. Existen también numerosos programas de mediación y conciliación,

tanto en el orden judicial como extrajudicial, para la resolución del "conflicto" a través de acuerdos entre víctima y ofensor. Por último, y ya en fase de ejecución de condena, existen programas de reparación mediante los cuales los reclusos, bien en la propia prisión o fuera de ella, realizan trabajos para empresas privadas; un Oficial encargado del programa, es quien recibe el salario directamente del empresario, reteniendo una parte para destinarla al pago de las indemnizaciones que tenga pendientes el recluso, e ingresando el resto a nombre de éste. Dentro de estos programas, o de forma paralela mediante organismos especializados, también se facilitan trabajos para poder hacer frente a las compensaciones.

Reino Unido: El tratamiento de la reparación es similar al dado en Estados Unidos. Separación total de la vía civil y de la penal para la obtención de indemnización civil. La "compensatio order" es el mandato judicial que se impone al ofensor para reparar el daño causado, pudiendo consistir en una pena única o acompañar a la principal. Para poder recibir una compensación estatal, es necesario que los daños sufridos superen una cuantía mínima. También están extendidos los programas de mediación o conciliación, pudiendo realizarse dentro del ámbito policial, antes de formularse la acusación, o en el judicial, con posterioridad a la sentencia, y con la posibilidad de suspensión de la pena impuesta.

Alemania: Si bien la vía civil y la penal están separadas, para algunos supuestos delictivos se permite la adhesión de la víctima, en su reclamación civil, a la penal. Al contrario que en los sistemas anteriores, la reparación del daño no se contempla como una sanción penal, pudiendo suponer, en algunos supuestos, una rebaja de la pena, o también un requisito para la suspensión de la pena y para la obtención de la libertad condicional. No obstante, en el Derecho Penal de menores, la reparación tiene una más amplia proyección, pudiendo llegar a constituir una sanción única o sustitutiva. Respecto a los programas de mediación y conciliación, están mucho menos extendidos que dentro del Derecho anglosajón. Respecto a las compensaciones estatales, existe una Ley de Indemnización a las víctimas de Delitos violentos.

Italia: El Derecho italiano permite ejercer la acción civil dentro del proceso penal. La reparación está contemplada como atenuante, puede establecerse como condicional. No se contempla un régimen de ayudas públicas para las víctimas de delitos, únicamente para las del terrorismo y delincuencia organizada. Dentro del sistema de reparación, se contempla la obligación del condenado a destinar parte de las ganancias

obtenidas en el centro penitenciario a la satisfacción de las responsabilidades civiles, así como a restituir al erario público los gastos de su mantenimiento en los establecimientos penitenciarios, si bien pueden obtener la exención de esta última obligación, en base a su mala situación económica y observando una conducta adecuada.

Portugal: En el reciente Código Penal de 1995 se contempla la reparación a la víctima como atenuante, incluso la voluntad de llevarla a cabo. También opera como condición de la dispensa de pena, y como regla de conducta en la suspensión de la pena privativa de libertad.[8]

Francia: La reparación es condición para otorgar la dispensa de pena. Se exige el firme compromiso de atender a la misma, como requisito para obtener el aplazamiento del pronunciamiento de la pena. También puede constituir una obligación que acompañe a la suspensión con sometimiento a prueba[9].

La regulación de la responsabilidad civil en nuestra legislación penal [10], entre otras cuestiones, ha venido motivando un constante debate sobre la naturaleza jurídica de la misma. Algunos autores[11], aunque de forma muy minoritaria, han mantenido la naturaleza penal de esta responsabilidad basándose en la ubicación de su regulación, en el origen delictivo de la misma y en la necesidad de que el Derecho Punitivo restaure la totalidad del orden jurídico alterado por la infracción

La reglas penitenciarias europeas elaboradas por el Consejo de Europa en 2006 establecen que, el trabajo de los presos puede dedicarse en parte a reparar los daños producidos por el delito, si proviene de una mandato judicial o el preso consiente, lo que permite que en algunos países como Bélgica, Italia o Francia se establezca la posibilidad de destinar el producto del trabajo a reparar los daños producidos a las víctimas, combinando en ello los aspectos de reinserción y reparación.

En España por el contrario, la Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario no han recogido ninguna previsión al respecto, en parte porque siguen la tendencia de priorizar los intereses del delincuente e ignorar los de las

[8] SERRANO PASCUAL, M, Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal Español, Ed. Trivium, Madrid, 1999, pp. 223 y ss

[9] SERRANO PASCUAL, M, Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal Español, Ed. Trivium, Madrid, 1999, pp. 224 y ss

[10] PRIETO RODRÍGUEZ, J. I., Aproximación al Código Penal de 1995, Colegio de Abogados de Tarragona, 1999, p. 82

[11] MOLINA BLÁZQUEZ, C., La responsabilidad civil en el Proyecto de Código Penal de 1994, PJ, n.º 38, p. 138.

víctimas por entenderlos incompatibles; no obstante, a pesar de este silencio sobre la protección de los intereses de las víctimas, se puede derivar un cierto compromiso de tutela a partir de la regulación del trabajo penitenciario y del destino de sus ganancias en relación a los compromisos de los internos con determinadas limitaciones legales.

Así mismo, en nuestro país, al igual que en el resto de los países de nuestro entorno cultural y geográfico, el interés y preocupación por las víctimas y perjudicados por los delitos también ha ido tomando forma normativa a través de diversas disposiciones legales. Este interés se puso de manifiesto con la creación de fondos, generalmente de carácter estatal, con el objetivo de paliar, en alguna medida, las necesidades de las víctimas. El primer fondo de ayuda que se crea es a través de la LO 9/84, pero limitado a las víctimas del terrorismo. Posteriormente la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, regula, por una parte, las ayudas económicas a las víctimas de delitos violentos y, por otra, la asistencia a las víctimas de todo tipo de delito (modificada por la 13/96, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, administrativas y de Orden social, y desarrollada por RD 738/97, de 23 de mayo, por el que se aprueba su Reglamento) Esta Ley reconoce como referente jurídico el Convenio 116, del Consejo de Europa, sobre indemnización a víctimas de delitos violentos, así como la Recomendación de su Comité de Ministros a los Estados miembros, de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal.

Es de referir que esta Ley establece una previsión muy concreta cuando señala: "*La ayuda económica se declara incompatible con la percepción de las indemnizaciones de los perjuicios y daños causados por el delito que se establezcan mediante sentencia judicial*". Esto es, no se podrán cobrar a la vez ayudas a través de esta ley, ya sean provisionales o definitivas, y las indemnizaciones fijadas en sentencia. En consecuencia, en el supuesto que tras la sentencia, se hiciera efectiva la responsabilidad civil, habría que liquidar, con el Ministerio de Economía y Hacienda (encargado de gestionar estas ayudas, que no indemnizaciones), la percepción de los diferentes conceptos. Pero como lo más habitual es la declaración de insolvencia por parte del autor, será difícil que se dé esta situación. Por ello, el art. 13 de esta Ley recoge*:*

> "El Estado se subrogará de pleno derecho, hasta el total importe de la ayuda provisional o definitiva satisfecha a la víctima o beneficiarios de los derechos que asistan a los mismos contra el obligado civilmente por el hecho delictivo".

Otra forma de compensación a las víctimas de delitos, en aquellos casos en que proceda (principalmente en el ámbito de la circulación de vehículos a motor), se realiza a través del Consorcio de Compensación de Seguros.

Siguiendo el estado de opinión generalizado de preocupación por las víctimas de delitos, han proliferado las Oficinas de Atención a las Víctimas, promovidas desde las distintas Administraciones, Instituciones, Corporaciones o Asociaciones especializadas, donde a través de este tipo de centros se trata de dar, desde el primer momento, una respuesta a las necesidades planteadas por víctimas y familiares, e incluso, con actuaciones preventivas ante situaciones de riesgo, mediante diversas medidas materiales de acogimiento y protección, económicas, psicológicas y de asesoramiento.

Este significado de la responsabilidad civil también tiene de positivo su función como seña, para valorar la conducta personal orientada a la reinserción y no sólo la conducta penitenciaria como sumisión a las normas disciplinarias, que valora los intereses de la víctima y que pretende evitar los reiterados incumplimientos de responsabilidad civil; sin embargo los inconvenientes son el riesgo de quedar en un plano sólo reparador y no tratamental por la perversión que puede causar en la progresión clasificatoria, ya que será inevitable que quien tenga medios económicos y haga frente a la reparación esté en mejor disposición de ser clasificado a tercer grado que quien carezca de medios económicos, salvo que se valore el esfuerzo en reparar.

Por ello el tratamiento dirigido a conseguir del sujeto la asunción de responsabilidad, el respeto a los bienes y derechos ajenos y la voluntad de reparar el daño causado, no puede basarse sólo en el trabajo con las ciencias de la conducta, sino que requiere también de la puesta a disposición de los medios para que el interno pueda reparar el daño causado, ya que los medios económicos de la mayoría de los internos son muy limitados y muchas veces supeditados a la existencia de un puesto de trabajo, ya que como señalan algunos pronunciamientos judiciales quienes son insolventes fuera de la prisión no es fácil que ganen la solvencia en prisión.

Concluyendo en definitiva con todo ello hay que considerar que, la reparación de los daños ocasionados por el delito, forma parte de los fines de las penas y, consecuentemente, deberán tenerse en cuenta, en la medida que sea necesario, tanto en el proceso de su determinación como en el de ejecución. La orientación que el art. 25.2 CE señala para las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, reeducación y reinserción social, también incluye la asunción de las responsabilidades contraídas con

el delito y su correspondiente reparación. En este sentido, y dentro del ámbito penitenciario, la responsabilidad civil adquiere un carácter tratamental.

De manera general, formando parte de los objetivos que marca el art. 59 de la LOGP:

> "El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley Penal… se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general",

y de forma particular, dentro de los objetivos señalados en programas individualizados de tratamiento, establecido para cada penado por las Juntas de Tratamiento de los Centros Penitenciarios. En este sentido, hay que considerar un verdadero acierto su introducción por la LO 7/03, como requisito, ponderable, para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional. Se debería normalizar, unificar y simplificar, las intervenciones e información sobre la responsabilidad civil, tanto a nivel institucional: Tribunales y Juzgados sentenciadores y los Centros Penitenciarios, como con el propio penado. Evitando con ello una burocratización innecesaria y mejorando la efectividad y eficacia.

En este sentido, los Jueces y Tribunales sentenciadores deberían remitir, de oficio, junto con la correspondiente liquidación de condena, el pertinente informe de responsabilidad civil, con inclusión de los datos necesarios, como el número de cuenta de consignación, para hacerla efectiva.

BIBLIOGRAFÍA

BERISTAIN IPIÑA, A., Criminología y Victimología. Alternativas re-creadoras del delito, Grupo Editorial Leyer, Bogotá, 1998, pp. 233 y ss

DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., El reto de la Mediación Penal: El principio de oportunidad, Diario LA LEY n. º 6520, 6 de julio de 2002

MOLINA BLÁZQUEZ, C., La responsabilidad civil en el Proyecto de Código Penal de 1994, PJ, nº 38, pág. 138.

PRIETO RODRÍGUEZ, J. I., Aproximación al Código Penal de 1995, Colegio de Abogados de Tarragona, 1999, p. 82

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., Derecho Penal Español. Parte general, Madrid, 1981.

ROIG TORRES, M., La reparación del daño causado por el delito. (aspectos civiles y penales), Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 27 y ss.

SERRANO PASCUAL, M, Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal Español, Ed. Trivium, Madrid, 1999, pp. 222 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de reparación, en Poder Judicial, núm. 45, 1997, pp. 193.

TAMARIT SUMALLA, J. M., La introducción de la justicia reparadora en la ejecución penal: Una respuesta al rearme punitivo?, Iustel.com, RGDP, nº. 1, mayo 2004, pp. 14 y ss.

* * * * * *

Silvia Vivó Cabo
Juez sustituta adscrita al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, España.
Socia de la FICP.

~La libertad condicional de condenados a prisión permanente revisable, tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo~

I. INTRODUCCIÓN

La libertad es la última fase del cumplimiento de la condena. Viene a ser como el "cuarto grado". Supone la salida en libertad hasta la finalización total de la condena, libertad que se condiciona a que no se cometa delito ni se incumplan las reglas de conducta impuestas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria. La libertad condicional permite al condenado a pena de prisión que ha cumplido una parte determinada de la pena que fue impuesta y ha dado muestras de readaptación social, cumplir el resto de la pena en libertad bajo ciertas condiciones. Se dice que la libertad condicional encuentra fundamento en que el privado de libertad debe readaptarse socialmente después de haberse encontrado en prisión, ya que requiere de un período de transición del encierro o aislamiento a la libertad completa, un período intermedio en que el sujeto se encuentre libre pero condicionado. Por tanto, se afirma que la finalidad de la libertad condicional es una prolongación del tratamiento penitenciario encaminado a la readaptación del recluso a la vida social, así lo han señalado diversos autores, entre los que destaca Cuello Calón al decir

> "Es, en realidad, un período de transición entre la prisión y la vida libre, período intermedio absolutamente necesario para que el penado se habitúe a las condiciones de la vida exterior, vigorice su capacidad de resistencia a sus atractivos y sugestiones peligrosas y quede reincorporado de modo estable y definitivo a la comunidad, éste es su verdadero carácter. La libertad condicional, como se ha dicho, es el aprendizaje de la vida de libertad"[1].

Se trata de una institución que puede, en efecto, considerarse que viene a sustituir a la ejecución penal y final de las penas privativas de libertad y también forma parte de dicha ejecución. En definitiva, lo que realmente se persigue con dicha institución, es que el último tramo de la pena se cumpla por el reo en libertad bajo determinados preceptos y ciertas condiciones que aparecen regulados en el Código Penal y Disposiciones complementarias.

La libertad condicional se aplica en aquéllos internos que normalmente proceden del régimen abierto y supone la excarcelación anticipada para que disfruten el último

[1] Sobre el particular, cfr. CUELLO CALÓN, Eugenio. La moderna penología, 1974.

período en libertad si bien sometido a controles penitenciarios y judiciales, pues siguen cumpliendo la pena, y por ello continúa la relación jurídica penitenciaria con la administración.

La libertad condicional, con anterioridad a la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, es una forma específica de cumplimiento del período de la pena de privación de libertad impuesta, se trata también de un medio que incide o debería incidir en la individualización del tratamiento de la persona presa, es decir, un instrumento que sirve como garantía del interno frente al ordenamiento jurídico y a la sociedad, de reinserción y rehabilitación tras analizar y corregir las circunstancias que le llevaron a la comisión del delito.

El vigente Código Penal, modificado por LO 1/2015, de 30 de marzo, introduce la pena de prisión permanente revisable como una pena privativa de libertad grave que puede ser impuesta sólo en supuestos de excepcional gravedad, siendo en estos casos preceptiva para el juez. Respecto a su duración, el legislador no ha establecido un mínimo y un máximo, sino un contenido cerrado y único que puede provocar problemas en la determinación concreta de la pena-grado de ejecución, participación, aplicación de eximentes, atenuantes y agravantes.

La Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, califica la prisión permanente revisable como "una pena que no constituye una suerte de pena definitiva, sino una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión", afecta a los artículos 36, 70.4, 76, 78 bis, 92, 136, 140, 485, 572, 605, 607 del actual Código Penal, reservándose por ello, y en orden conforme a nuestra importancia, a los asesinatos en los que la víctima sea menor de 16 años o se trate de una persona especialmente vulnerable (art. 140.1.1ª), al asesinato cometido con posterioridad a un delito contra la libertad sexual (art. 140.1.2ª), o cuando se trate de dos o más víctimas (art. 140.2), al cometido por miembros de una organización criminal (art. 140.1.3ª), a los delitos contra el Derecho de Gentes, a los delitos de genocidio (art. 607), a los delitos de lesa humanidad (art. 607 bis 2.1) y a los delitos contra la Corona (art. 485.1). La nueva Ley expone desde un principio que la libertad condicional "pasa a ser regulada

como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena"[2], circunstancia que afectará especialmente a los supuestos de revocación.

La introducción de la pena de prisión permanente exige la adaptación de la legislación penitenciaria para establecer de manera concreta su sistema de cumplimiento. Mientras se produce tal adaptación debe entenderse que, con carácter general, resulta de aplicación lo dispuesto en la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP) y en el Reglamento Penitenciario (Real Decreto 190/1996, de 9 febrero), con las limitaciones y excepciones que establece el Código Penal.

La reforma introducida por la LO 1/2015 en materia de libertad condicional, mantiene las modalidades de libertad condicional existentes, aunque también cambia sus requisitos y condiciones; incorpora una nueva modalidad para condenados a penas de hasta tres años de prisión y regula la libertad condicional en los supuestos de condena a prisión permanente revisable.

Las modalidades de libertad condicional que se encuentran en vigor son: 1) Libertad condicional ordinaria; 2) Libertad condicional a las 2/3 partes y anticipada; 3) Libertad condicional extraordinaria; 4) Libertad condicional de personas condenadas por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales o delitos de terrorismo; 5) Libertad condicional en algunos casos de múltiples condenas; 6) Libertad condicional de enfermos y septuagenarios; 7) Libertad condicional de condenados a prisión permanente revisable; 8) Libertad condicional en casos de condenados extranjeros.

Centraré el presente trabajo en el estudio de la libertad condicional de condenados a prisión permanente revisable.

II. LA PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE

La pena de prisión permanente revisable[3] no es desconocida por el ordenamiento jurídico español: los Código Penales de 1822, 1848, 1850 y 1870 ya la preveían. No obstante, desde su eliminación tras la promulgación del CP de 1928, nuestra sociedad ha evolucionado considerablemente, lo que conlleva a su vez, un nuevo planteamiento de esta pena en la actualidad.

---

[2] NUÑEZ FERNÁNDEZ, en: Valle Mariscal de Gante/Bustos Rubio (coords.), La reforma penal de 2013, 2014, pp. 91-94.

[3] Denominada como "cadena perpetua" o "pena de cadena perpetua" por el CP de 1848 (art. 94) o CP 1870 (art.26).

La prisión permanente revisable, como su nombre indica, estamos ante una pena de duración indefinida, pero que para su adecuación a los principios constitucionales españoles y a los derechos humanos en el ámbito europeo, se la ha provisto de un mecanismo de revisiones en las que el cumplimiento de una serie de condiciones, permite la suspensión de la ejecución del resto de la pena, si bien sujeta al cumplimiento a su vez de una serie de requisitos durante un período de libertad condicional, tras el que puede alcanzarse la remisión total.

Esta pena es aplicable solamente a aquellos delitos de extrema gravedad, en los que está justificada una respuesta extraordinaria. El eje central de esta pena es el sistema de revisiones que introduce la LO 1/2015 con el que se intenta salvaguardar el principio de humanidad de las penas y la reinserción social del penado, cumpliendo así con lo manifestado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en diversas resoluciones al respecto.

III. PROCESO DE REVISIÓN

El proceso de revisión, como regla general, consistirá en un procedimiento oral contradictorio llevado a cabo por el Tribunal Sentenciador[4] y en donde intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado. Tras él, si el penado reúne una serie de requisitos, obtendrá la suspensión de la ejecución del resto de su pena. El Código Penal distingue dos grandes grupos, según se trate de condena por la comisión de uno o más delitos castigados con pena de prisión permanente revisable.

1. Primer grupo: condena por la comisión de un único delito castigado con la pena de prisión permanente revisable.

En los supuestos que una persona sea condenada por la comisión de un único delito castigado con pena de prisión permanente revisable, deberá reunir los requisitos establecidos en el artículo 92 CP, a saber:

El condenado debe haber sido, en primer lugar, clasificado por el Tribunal Sentenciador en tercer grado, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias. Para ello, además de la existencia previa de un pronóstico individualizado y favorable

[4] La LO hace referencia a un "Tribunal" o "Tribunal Colegiado" sin especificar que será el "Tribunal Sentenciador" quién llevará a cabo la revisión. Sin embargo, tanto CERVELLÓ DONDERIS, en González Cussac (dir.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, 2015, como TAMARIT SUMALLA, en: Quintero Olivares (dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, 2015, mantienen que será el Tribunal Sentenciador.

de reinserción social, son necesarios varios requisitos temporales: 1º) la regla general será el cumplimiento, al menos, de quince años de prisión efectiva, límite que no se aplicará en el caso que el delito cometido se incluya dentro del Capítulo VII del Título XXII del Libro II del Código Penal, donde aumenta hasta el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva. 2º) Es necesario que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena, con independencia de la naturaleza del delito, a diferencia de la clasificación en tercer grado. 3º) Se requiere la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social del penado avalado por el centro penitenciario y especialistas determinados por el Tribunal, atendiendo tanto a circunstancias personales del penado, tales como personalidad, antecedentes, conducta, circunstancias familiares y sociales etc…, como del delito cometido, relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito. 4º) Adicional para los delitos cometidos por organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo, y consistente en la existencia de "signos inequívocos de haber abandonado los fines y medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades" en las condiciones que recoge el precepto.

2. Segundo grupo: condena por la comisión de dos o más delitos, en los que al menos uno de ellos tenga prevista la pena de prisión permanente revisable (art. 76.1.e CP).

En estos casos será de aplicación lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis del Código Penal. En esta categoría se distinguen tres posibles supuestos, en los que las diferencias respecto de la comisión de un único delito se manifiestan únicamente en el tiempo necesario para el acceso al tercer grado y la revisión de la condena. Por tanto, será necesario que concurran también el requisito de la existencia previa de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, y además, el requisito adicional para los delitos cometidos por organizaciones y grupos terroristas y a los delito de terrorismo, y consistente en la existencia de "signos inequívocos de haber abandonado los fines y medios de la actividad terrorista y haya colaborado activamente con las autoridades".

Así **los tres supuestos son:**

a) Que en uno de los delitos se prevea la prisión permanente revisable y la suma del resto de las penas **exceda de cinco años de prisión**.

Para la clasificación en tercer grado se requiere que el penado haya cumplido, como regla general un mínimo de dieciocho años de prisión, salvo en los delitos de terrorismo o cometidos por organizaciones o grupos terroristas que será de veinticuatro años.

Para la revisión se requiere el cumplimiento mínimo de veinticinco años de prisión, salvo que se trate de delitos referentes a organizaciones o grupos terroristas y delitos de terrorismo, que será de veintiocho años.

b) Que en uno de los delitos se prevea prisión permanente revisable y la suma del resto de las penas **exceda de quince años.**

La única diferencia con el supuesto anterior radica en los requisitos para la clasificación en tercer grado que se requiere que el penado haya cumplido un mínimo de veinte años de prisión (en vez de dieciocho). Manteniéndose el mismo período de veinticuatro años para el caso de los delitos de terrorismo o cometidos por organizaciones o grupos terroristas.

c) Cuando dos o más delitos sean castigados con pena de prisión permanente revisable o, cuando en uno de los delitos se prevea la prisión permanente revisable la suma del resto de penas **exceda de veinticinco años de prisión**.

En este supuesto, para la clasificación en tercer grado se requiere que el penado haya cumplido un mínimo de veintidós años de prisión, salvo en los delitos de terrorismo o cometidos por organizaciones o grupos terroristas que será de treinta y dos años.

Y en cuanto a la revisión, se requiere el cumplimiento mínimo de treinta años de prisión, salvo que se trate de delitos referentes a organizaciones o grupos terroristas y delitos de terrorismo, que será de treinta y cinco años.

IV. RESULTADO DEL PROCESO DE REVISIÓN DE LA CONDENA

Efectuada la revisión de la condena, el Juez o Tribunal podrá: bien decretar el cumplimiento de los requisitos por parte del penado y proceder al inicio de un período de libertad condicional, o bien, por el contrario, alegar que no concurren esos requisitos y mantenerlo en prisión.

1. Si concurren los requisitos para la obtención de la suspensión de la ejecución de la pena, se dará comienzo a un período de libertad condicional, cuya duración oscilará

entre cinco y diez años y se computará desde la fecha de puesta en libertad del penado. Durante este período, el penado deberá cumplir una serie de requisitos (art. 86 CP): 1) No comisión de nuevos delitos; 2) Que no se incumplan de manera grave y reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieren sido impuestas por el Juez conforme al art. 83 CP; 3) Que no incumpla de forma grave y reiterada las prestaciones o medidas que adopte el Juez conforme al art. 84 CP y 4) Que no se facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio o el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido declarado y el cumplimiento del compromiso de pago de las responsabilidades civiles a las que hubiera sido condenado.

Alguna de las prohibiciones y deberes que podrá imponer el Juez o Tribunal con el fin de evitar el peligro de comisión de delitos son conforme al art. 83 CP: a) la prohibición de aproximación a la víctima y otras personas cercanas a la misma determinadas por el Juez; b) la prohibición de comunicar con ciertas personas o miembros de grupos determinados cuando existan indicios de que dichos contactos puedan facilitarle o incitarle a la comisión de nuevos delitos y c) el cumplimiento de los demás deberes que el Juez considere convenientes para la rehabilitación social del penado.

Si el penado cumple, durante el tiempo de libertad condicional, todos y cada uno de las obligaciones y prohibiciones impuestas por el Juez o Tribunal, éste acordará la remisión de la pena (art. 87 CP). Ahora bien, si el penado incumple existen dos posibilidades: 1º) Si el incumplimiento no es grave y reiterado, procederá la imposición de nuevas condiciones o prórroga del plazo de suspensión (art. 86.2 CP); 2) en caso contrario, procederá la revocación de la suspensión (art. 86.1 CP). En ambos casos, la medida será adoptada por el Juez o Tribunal oídos el Fiscal y las demás partes, salvo que por motivos extraordinarios (riesgo de huida, protección de la víctima o riesgo de reiteración), deba ordenarse el ingreso inmediato (art. 86.4 CP). Aquí es donde más se manifiesta las consecuencias del cambio de naturaleza de la libertad condicional, pues en estos casos, se ordenará el ingreso en prisión del penado sin que el tiempo transcurrido en dicha situación se compute como cumplimiento efectivo de la pena, aunque esta modificación en la libertad condicional en realidad afecta severamente a las penas temporales.

2. Si no concurren los requisitos para la obtención de la suspensión de la ejecución de la pena, pueden darse dos posibilidades: 1) y de manera obligatoria, el

Tribunal deberá verificar de oficio al menos cada dos años el cumplimiento del resto de los requisitos de la libertad condicional. 2) el penado puede solicitar la revisión de su situación, siempre y cuando, tras haberle rechazado una petición, no se le hubiera fijado un plazo (de máximo de un año) en el cual no pudiera realizar peticiones al respecto.

V. CONCLUSIONES

La introducción de la prisión permanente revisable va a modificar el sistema de penas en la legislación penal hasta el punto de convertir el Código Penal en uno de los más severos en comparación con otros Estados de nuestro entorno. No obstante, esta pena será solo para supuestos de excepcional gravedad, por eso no hay que generar una alarma social porque los supuestos serán excepcionales.

Ahora bien, los colectivos de juristas más reconocidos han entendido que la reforma de 2015 está basada en un endurecimiento de penas que provocará un aumento de la población carcelaria, a la vez de que en ella se observa una marcada tendencia autoritaria y represiva que conculca los derechos y las libertades fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

CERVELLÓ DONDERIS, V. Prisión Permanente Revisable II (art. 36), en GONZALEZ CUSSAC, J.L. (dir.), Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015, Tirant lo Blanch reformas, 2015.

CUELLO CALÓN, E. La Moderna Penología, Barcelona, 1974.

GARCÍA ALBERO, R. La suspensión de la ejecución de las penas, en: Quintero Olivares, G. (dir.) Comentario a la reforma penal de 2015, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.

SALAT PAISAL, M. Consideraciones generales sobre la concepción del poder punitivo del Estado". Vol II, núm 63, 2015, pp. 264 y ss.

TAMARIT SUMALLA, J.M. La prisión permanente revisable, en: Quintero Olivares, G. (dir.), Comentario a la Reforma Penal de 2015, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

* * * * * *

II. LEGISLACIÓN Y PROYECTOS DE LEY

1. Colombia*

Ley 1786, del 1 de julio de 2016, por medio de la cual se modifican algunas disposiciones de la Ley 1760 de 2015

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Decreta:

Artículo 1º. Modifícase el artículo 1º de la Ley 1760 de 2015, el cual quedará así:

Artículo 1º. Adiciónense dos parágrafos al artículo 307 de la Ley 906 de 2004, del siguiente tenor:

Parágrafo 1º. Salvo lo previsto en los parágrafos 2º y 3º del artículo 317 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), el término de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad no podrá exceder de un (1) año. Cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011 o de cualquiera de las conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), dicho término podrá prorrogarse, a solicitud del fiscal o del apoderado de la víctima, hasta por el mismo término inicial. Vencido el término, el Juez de Control de Garantías, a petición de la Fiscalía, de la defensa o del apoderado de la víctima podrá sustituir la medida de aseguramiento privativa de la libertad de que se trate, por otra u otras medidas de aseguramiento no privativas de la libertad de que trata el presente artículo.

En los casos susceptibles de prórroga, los jueces de control de garantías, para resolver sobre la solicitud de levantamiento o prórroga de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, deberán considerar, además de los requisitos contemplados en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, el tiempo que haya transcurrido por causa de maniobras dilatorias atribuibles a la actividad procesal del interesado o su defensor, caso en el cual dicho tiempo no se contabilizará dentro del término máximo de la medida de aseguramiento privativa de la libertad contemplado en este artículo.

Parágrafo 2º. Las medidas de aseguramiento privativas de la libertad solo podrán imponerse cuando quien las solicita pruebe, ante el Juez de Control de Garantías, que

* Esta sección ha sido posible gracias al Prof. Botero Bernal, a quien agradecemos su amable colaboración.

las no privativas de la libertad resultan insuficientes para garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento.

Artículo 2°. Modifícase el artículo 4° de la Ley 1760 de 2015, el cual quedará así:

Artículo 4°. Modifícase el artículo 317 de la Ley 906 de 2004, el cual quedará así:

Artículo 317. Causales de libertad. Las medidas de aseguramiento indicadas en los anteriores artículos tendrán vigencia durante toda la actuación, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 10 del artículo 307 del presente código sobre las medidas de aseguramiento privativas de la libertad. La libertad del imputado o acusado se cumplirá de inmediato y solo procederá en los siguientes eventos:

1. Cuando se haya cumplido la pena según la determinación anticipada que para este efecto se haga, o se haya decretado la preclusión, o se haya absuelto al acusado.

2. Como consecuencia de la aplicación del Principio de Oportunidad.

3. Como consecuencia de las cláusulas del acuerdo cuando haya sido aceptado por el Juez de Conocimiento.

4. Cuando transcurridos sesenta (60) días contados a partir de la fecha de imputación no se hubiere presentado el escrito de acusación o solicitado la preclusión, conforme a lo dispuesto en el artículo 294.

5. Cuando transcurridos ciento veinte (120) días contados a partir de la fecha de presentación del escrito de acusación, no se haya dado inicio a la audiencia de juicio.

6. Cuando transcurridos ciento cincuenta (150) días contados a partir de la fecha de inicio de la audiencia de juicio, no se haya celebrado la audiencia de lectura de fallo o su equivalente.

Parágrafo 1°. Los términos dispuestos en los numerales 4, 5 y 6 del presente artículo se incrementarán por el mismo término inicial, cuando el proceso se surta ante la justicia penal especializada, o sean tres (3) o más los imputados o acusados, o se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de que trata la Ley 1474 de 2011 0 de cualquiera de las conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000 (Código Penal).

Parágrafo 2°. En los numerales 4 y 5 se restablecerán los términos cuando hubiere improbación de la aceptación de cargos, de los preacuerdos o de la aplicación del principio de oportunidad.

Parágrafo 3°. Cuando la audiencia de juicio oral no se haya podido iniciar o terminar por maniobras dilatorias del acusado o su defensor, no se contabilizarán dentro de los términos contenidos en los numerales 5 y 6 de este artículo, los días empleados en ellas.

Cuando la audiencia no se hubiere podido iniciar o terminar por causa razonable fundada en hechos externos y objetivos de fuerza mayor, ajenos al juez o a la administración de justicia, la audiencia se iniciará o reanudará cuando haya desaparecido dicha causa y a más tardar en un plazo no superior a la mitad del término establecido por el legislador en los numerales 5 y 6 del artículo 317.

Artículo 3º. La prórroga del término máximo de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad a la que hace referencia el artículo 1 0 de la Ley 1760 de 2015 podrá solicitarse ante el Juez de Control de Garantías dentro de los dos (2) meses anteriores a su vencimiento, incluso desde antes de que dicho artículo entre en vigencia.

Artículo 4º. El Ministerio de Justicia y del Derecho, la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura o quien haga sus veces, dentro del mes siguiente a la entrada en vigencia de la presente ley, deberán elaborar el plan de acción que implementarán, en el plazo de un (1) año, con el objetivo de definir la continuidad de las medidas de aseguramiento que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1º de la presente ley, sean susceptibles de prórroga.

El Ministerio de Justicia y del Derecho deberá presentar cada tres (3) meses un informe al Congreso de la República indicando el estado, el avance y la gestión adelantada en dichos procesos. Dicho informe deberá contener, al menos:

1. El estudio del número de personas que podrían adquirir el derecho a reclamar la libertad por vencimiento de términos en razón y con ocasión de las reformas introducidas por esta ley y por la Ley 1760.

2. La discriminación de esa población carcelaria por delitos, regiones, sexo, edad y centro carcelario.

3. El estudio del número de audiencias que deberían realizarse en el plazo de un año para dar cumplimiento a los términos dispuestos en la presente ley.

4. La discriminación de esas audiencias por tipo de audiencia, tipo de juez que debe realizarla, circuito judicial, tipo de fiscal que debe solicitarla o asistir a ella, seccional de la Fiscalía que tramita el proceso y tipo de defensor (público o de confianza).

Artículo 5º. Vigencia. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Los términos a los que hacen referencia el artículo 1° y el numeral 6 del artículo 2° de la presente ley, respecto de procesos ante justicia penal especializada, en los que sean tres (3) o más los acusados contra quienes estuviere vigente la detención preventiva, o cuando se trate de investigación o juicio de actos de corrupción de los que trata la Ley 1474 de 2011 o de cualquiera de las conductas previstas en el Título IV del Libro Segundo de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), entrarán a regir en un (1) año contado a partir de la fecha de su promulgación.

Ley 1787 del 6 julio de 2016, por medio de la cual se reglamenta el Acto Legislativo 02 de 2009

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

Decreta:

Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene como objeto crear un marco regulatorio que permita el acceso seguro e informado al uso médico y científico del cannabis y sus derivados en el territorio nacional colombiano.

Artículo 2°. Definiciones. Para efectos de la presente ley se adoptarán las siguientes definiciones en materia de cannabis:

Sustancia Psicoactiva (SPA): Es toda sustancia de origen natural o sintético, lícita o ilícita, controlada o de libre comercialización, que al ser consumida o introducida en el organismo vivo puede producir dependencia y/o tolerancia y/o alterar la acción psíquica, ocasionando un cambio inducido en la función del juicio, del comportamiento o del ánimo de la persona.

Estupefaciente: Cualquiera de las sustancias, naturales o sintéticas, que figuran en la Lista I o la Lista II de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de 1972 de modificación de la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, y que haya sido catalogada como tal en los convenios internacionales y adoptada por la legislación colombiana.

Planta de cannabis: Se entiende toda planta del género cannabis.

Cannabis: Se entienden las sumidades, floridas o con fruto, de la planta de cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera que sea el nombre con que se las designe. Se entiende por aquel cannabis psicoactivo cuyo contenido de tetrahidrocannabinol (THC) es igual o superior al límite que establezca el Gobierno nacional mediante la reglamentación de la presente ley.

Artículo 3°. El Estado asumirá el control y la regulación de las actividades de cultivo, producción, fabricación, adquisición a cualquier título, importación, exportación, almacenamiento, transporte, comercialización, distribución, uso y posesión de las semillas de la planta cannabis, del cannabis, de sus derivados y de los productos que lo contengan con fines medicinales y científicos en los términos y condiciones que al respecto fije la reglamentación.

Parágrafo 1°. El Ministerio de Justicia y del Derecho, el Ministerio de Salud y de Protección Social y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, conjuntamente reglamentarán lo concerniente a la importación, exportación, cultivo, producción, fabricación, adquisición a cualquier título, almacenamiento, transporte, comercialización, distribución, uso de las semillas de la planta cannabis, del cannabis,

de sus derivados para fines médicos y científicos, así como los productos que los contengan, y el establecimiento, conservación, financiación y explotación de cultivos de cannabis para los mismos fines, lo anterior de acuerdo con sus competencias y entendiendo que se levanta con la expedición de esta ley las prohibiciones que sobre la materia existan a nivel nacional

Parágrafo 2°. El Ministerio de Salud y de Protección Social, establecerá la reglamentación correspondiente al uso médico y científico del cannabis.

Parágrafo 3°. Los Ministerios indicados en este artículo, presentarán informe sobre los avances de esta reglamentación a la comisión técnica de que trata el artículo 16 de la presente ley.

Parágrafo 4°. El Gobierno Nacional a través del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación (Colciencias) promoverá la transferencia tecnológica necesaria para la producción nacional de Cannabis y sus derivados con fines médicos y científicos, en el marco del Sistema Nacional de Ciencia Tecnológica e Innovación (SNCTI).

Colciencias presentará a las Comisiones Sextas del Congreso de la República en julio de cada año un informe del cumplimiento de lo ordenado en el presente artículo.

Parágrafo 5°. El Estado deberá diseñar los mecanismos mediante los cuales se implementarán las iniciativas económicas de producción, transformación y distribución de productos derivados de la planta de cannabis, que desarrollen las comunidades campesinas y los pueblos y comunidades indígenas con fines medicinales y científicos.

Parágrafo 6°. El Estado deberá proteger y fortalecer a los pequeños y medianos cultivadores, productores y comercializadores nacionales de cannabis medicinal. En el marco de los programas de sustitución de cultivos ilícitos se realizarán iniciativas encaminadas a la siembra, formalización y promoción de esquemas asociativos de pequeños y medianos cultivadores nacionales de plantaciones de cannabis con fines exclusivamente medicinales y científicos.

El Gobierno nacional reglamentará lo concerniente al presente parágrafo en un término máximo de seis meses posteriores a la expedición de la presente ley.

Parágrafo 7°. De acuerdo a lo dispuesto por la Ley se protegerá la mano de obra local, así como lo relativo a los mecanismos de protección al cesante.

Parágrafo 8°. En la reglamentación y expedición de licencias para importación, exportación, fabricación, adquisición, almacenamiento, transporte, comercialización, producción, transformación y distribución de productos derivados de la planta de cannabis debe protegerse la industria e iniciativas nacionales.

Artículo 4°. Adiciónese al artículo 35 del Decreto 2159 de 1992, al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, dentro de la composición del Consejo Nacional de Estupefacientes, creado por el artículo 89 de la Ley 30 de 1986.

Artículo 5°. Adiciónese al artículo 20 del Decreto 2897 de 2011, las siguientes funciones a la Subdirección de Control y Fiscalización de Sustancias Químicas y Estupefacientes, del Ministerio de Justicia y del Derecho:

12. Desarrollar el procedimiento administrativo y la coordinación con las entidades competentes, para la expedición de la licencia que permitan la importación, exportación; plantación, cultivo, producción, adquisición a cualquier título, almacenamiento, transporte, comercialización, distribución, uso y posesión de las semillas de la planta de cannabis con fines científicos y medicinales, así como para el cultivo de plantas de cannabis hasta la disposición final de la cosecha, para este fin podrá así expedir las referidas licencias de conformidad con la reglamentación.

13. Ejercer el componente administrativo de seguimiento al otorgamiento o al cumplimiento de las licencias otorgadas en el rango de sus competencias.

Parágrafo. En el procedimiento administrativo se establecerán las modalidades en que puedan otorgarse las licencias, los requisitos, parámetros técnicos y jurídicos que el titular de la misma debe cumplir durante el tiempo de vigencia de la licencia, así como los requerimientos necesarios para la solicitud de modificaciones de estas.

Artículo 6°. El Ministerio de Salud y Protección Social tendrá a su cargo la expedición de las licencias que permitan la importación, exportación, producción, fabricación, adquisición a cualquier título, almacenamiento, transporte, comercialización, distribución y uso de derivados de cannabis, así como de los productores que los contengan, desarrollando el procedimiento administrativo correspondiente y la coordinación con otras entidades para la expedición de las licencias.

Artículo 7°. El seguimiento al otorgamiento o al cumplimiento de las licencias otorgadas tanto por el Ministerio de Salud y Protección Social como por la Subdirección de Control y Fiscalización de Sustancias Químicas y Estupefacientes del Ministerio de Justicia y del Derecho tendrá dos componentes:

1. Componente administrativo: Seguimiento técnico y jurídico de los parámetros requeridos para el otorgamiento de las licencias o de aquellos sobre los cuales se realizó el otorgamiento de la licencia. Este componente estará a cargo del Ministerio de Salud y Protección Social y de la Subdirección de Control y Fiscalización de Sustancias Químicas y Estupefacientes del Ministerio de Justicia y del Derecho, según corresponda, con el apoyo del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA), o quien haga sus veces, en el marco de sus respectivas competencias.

2. Componente operativo: Hace referencia al ejercicio de las actividades de seguimiento y evaluación que sean requeridas para la verificación de los parámetros técnicos y jurídicos citados en el componente administrativo. Este componente estará a cargo del Ministerio de Salud y Protección Social y de la Subdirección de Control y Fiscalización de Sustancias Químicas y Estupefacientes del Ministerio de Justicia y del Derecho, según corresponda con el apoyo cuando así se requiera del Ministerio de Defensa Nacional, por intermedio de las fuerzas militares o la Policía Nacional y

también del Instituto Colombiano Agropecuario (ICA), o quien haga sus veces, en el marco de sus respectivas competencias.

Artículo 8°. El Ministerio de Salud y Protección Social y el Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de la Subdirección de Control y Fiscalización de Sustancias Químicas y Estupefacientes, deberán cobrar por los servicios de evaluación y seguimiento a los solicitantes o titulares de las licencias, establecidas en la presente ley y en sus normas reglamentarias,

Servicio de Evaluación: Es aquel que se genera cuando una persona solicita ante la Subdirección de Control y Fiscalización de Sustancias Químicas y Estupefacientes del Ministerio de Justicia y del Derecho o ante el Ministerio de Salud y Protección Social la expedición de conceptos y demás actuaciones asociadas al otorgamiento o modificación de la licencia que permita la importación, exportación, plantación, cultivo, producción, adquisición a cualquier título, almacenamiento, transporte, comercialización, distribución, uso y posesión de las semillas de la planta de cannabis, del cannabis y de sus derivados para fines médicos y científicos, según sus competencias

Servicio de Seguimiento: Es aquel que se genera en virtud de la obligación de seguimiento y monitoreo de las licencias que fueron otorgadas en los términos descritos en el inciso anterior, tendiente a la verificación de las condiciones y parámetros técnicos y jurídicos sobre los cuales se expidió la respectiva licencia.

Rubros que serán destinados al Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación, Colciencias, quien es el encargado de promover la transferencia tecnológica necesaria para la producción nacional de cannabis y sus derivados con fines médicos y científicos, en el marco del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (SNCTI).

Los recursos derivados del cobro de dichos servicios, se utilizarán para sufragar costos de evaluación y seguimiento, así como para financiar al Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación, Colciencias, encargado de promover la transferencia tecnológica necesaria para la producción nacional de cannabis y sus derivados con fines médicos y científicos, en el marco del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (SNCTI) y para la financiación del programa de que trata el artículo 14 de la presente ley.

Artículo 9°. Sistema y método de cálculo de las tarifas. De conformidad con el artículo 338 de la Constitución Política de Colombia, para la fijación de las tarifas que se autorizan en este artículo, el Ministerio de Salud y Protección Social y la Subdirección de Control y Fiscalización de Sustancias Químicas y Estupefacientes del Ministerio de Justicia y del Derecho, en la reglamentación que expidan sobre la materia, aplicarán el sistema que se describe a continuación:

a) Elaboración y normalización de flujogramas para los diferentes procesos con el propósito de determinar sus rutinas.

b) Cuantificación de los materiales y suministros y los demás insumos tecnológicos y de recurso humano utilizados anualmente en cada uno de los procesos y procedimientos definidos en el literal anterior. Estos insumos deben incluir un porcentaje de los gastos de administración general del Ministerio de Justicia y del Derecho y del Ministerio de Salud y Protección Social, correspondientemente y cuantificados, siguiendo las normas y principios aceptados de contabilidad de costos.

c) Valoración a precios de mercado de los insumos descritos en el literal anterior para cada uno de los procesos y procedimientos. Cuando uno de los procedimientos deba contratarse con terceros, se tomará el valor del servicio contratado.

d) Valoración del recurso humano utilizado directamente en la prestación del servicio tomando como base los salarios y honorarios del personal del Ministerio de Salud y Protección Social o del Ministerio de Justicia y del Derecho según corresponda; para dichos efectos se tendrán en cuenta los siguientes aspectos: i) el valor de los honorarios o salarios de los profesionales requeridos para la realización de la tarea propuesta; ii) el valor de los gastos de viaje de los profesionales que se ocasionen para el estudio de la expedición, el seguimiento o el monitoreo de la licencia; iii) demás gastos adicionales que se generen derivados de la prestación de los referidos servicios.

e) Cuantificación de los costos y programas de tecnificación y modernización de la operación de los servicios.

f) Estimación de las frecuencias de utilización de los servicios generadores de los respectivos cobros.

La tarifa para cada uno de los servicios prestados de evaluación y seguimiento de las licencias, será la resultante de sumar el valor de los insumos y del recurso humano utilizado, dividido por la frecuencia de utilización de los mismos.

Artículo 10°. Reliquidación. El Ministerio de Salud y Protección Social y la Subdirección de Control y Fiscalización de Sustancias Químicas y Estupefacientes del Ministerio de Justicia y del Derecho, se reservan el derecho de reliquidar el valor de los servicios de evaluación y seguimiento en los eventos en donde se demuestre que el valor liquidado inicialmente, no corresponde con la realidad de los costos generados para el desarrollo de dichas actividades. En estos casos, procederá a restituir el excedente al solicitante o titular, o a requerir del mismo, el pago del valor faltante de conformidad con el procedimiento que se defina en las normas reglamentarias.

Artículo 11°. Faltas y sanciones. El Ministerio de Salud y Protección Social y la Subdirección de Control y Fiscalización de Sustancias Químicas y Estupefacientes del Ministerio de Justicia y del Derecho, podrán mediante resolución motivada, declarar la existencia de condiciones resolutorias o suspender la licencia que permita la importación, exportación, plantación, cultivo, producción, adquisición a cualquier título, almacenamiento, transporte, comercialización, distribución, uso y posesión de las semillas de la planta de cannabis, del cannabis y de sus derivados, para fines médicos y científicos, cuando el titular de la licencia esté incumpliendo cualquiera de

los términos, condiciones, obligaciones o exigencias inherentes a ella consagrados en la ley, los reglamentos o en el mismo acto de otorgamiento.

Parágrafo 1°. La configuración de una condición resolutoria o la suspensión de la licencia, no requerirá consentimiento expreso o escrito del titular de la misma.

Parágrafo 2°. Antes de proceder a la configuración de una condición resolutoria o suspensión de la licencia, se requerirá al titular de esta, para que corrija el incumplimiento en el cual ha incurrido y presente las explicaciones que considere necesarias sobre las causas de su incumplimiento. En el mismo acto de requerimiento, se fijará el plazo para corregir el incumplimiento, de acuerdo con la naturaleza del asunto.

Parágrafo 3°. En el desarrollo del procedimiento administrativo al que se faculta al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Subdirección de Control y Fiscalización de Sustancias Químicas y Estupefacientes del Ministerio de Justicia y del Derecho también se les otorga la facultad para definir las multas a que haya lugar por el incumplimiento de cualquiera de los términos, condiciones, obligaciones o exigencias inherentes a las licencias que estén consagrados en la ley, los reglamentos o en el mismo acto de otorgamiento.

Parágrafo 4°. En caso de incurrir en una falta o sanción que genere el incumplimiento de la presente Ley, la Subdirección de Control y Fiscalización de Sustancias Químicas y Estupefacientes, estará en la obligación de compulsar copias de la actuación a la Fiscalía General de la Nación, quién determinará si los hechos constituyen la comisión de una presunta conducta punible.

Artículo 12°. El Artículo 375 de la Ley 599 de 2000 tendrá un nuevo inciso tercero del siguiente tenor:

> Las sanciones previstas en este artículo, no aplicarán para el uso médico y científico del cannabis siempre y cuando se tengan las licencias otorgadas, ya sea por el Ministerio de Salud y Protección Social o el Ministerio de Justicia y del Derecho, según sus competencias.

Artículo 13°. El Artículo 376 de la Ley 599 de 2000, modificado por el Artículo 11 de la Ley 1153 de 2011, tendrá un nuevo inciso cuarto del siguiente tenor:

> Las sanciones previstas en este artículo, no aplicarán para el uso médico y científico del cannabis siempre y cuando se tengan las licencias otorgadas, ya sea por el Ministerio de Salud y Protección Social o el Ministerio de Justicia y del Derecho, según sus competencias.

Artículo 14°. El Artículo 377 de la Ley 599 de 2000 tendrá un nuevo inciso del siguiente tenor:

> Las sanciones previstas en este artículo, no aplicarán para el uso médico y científico del cannabis siempre y cuando se tengan las licencias otorgadas, ya sea por el Ministerio de Salud y Protección Social o el Ministerio de Justicia y del Derecho, según sus competencias.

Artículo 15°. Programa Nacional de Prevención en la Comunidad Educativa. El Ministerio de Educación Nacional en coordinación con la comisión nacional de reducción de la demanda de drogas desarrollará en el marco de competencias básicas y ciudadanas, estrategias, programas o proyectos para la promoción de estilos de vida saludables que contribuyan a la prevención del consumo de sustancias psicoactivas, en niños, niñas adolescentes. En estos procesos deberá difundir y concientizar a la comunidad educativa sobre las implicaciones y efectos del uso del cannabis y otras sustancias en el marco de la Política Nacional de Reducción de la Demanda de Drogas.

Parágrafo. La financiación del programa contará con recursos específicos de una contribución aplicada a quienes desarrollen actividades comerciales relacionadas en esta ley.

Artículo 16°. Consentimiento informado. Cuando el paciente sea menor de edad, los padres o tutores serán informados sobre los riesgos o beneficios del uso medicinal del cannabis por su médico tratante antes de autorizar o negar la utilización de productos terapéuticos con componentes psicoactivos.

Artículo 17°. Mecanismo de seguimiento a/ cumplimiento de /a ley. Confórmese una Comisión Técnica, encargada de hacer seguimiento al proceso de diseño, implementación, ejecución y cumplimiento de la reglamentación sobre el uso médico y científico del cannabis.

Esta Comisión, estará conformada por:

1. El Ministro de Salud y Protección Social, o su delegado, quien la presidirá.
2. El Ministro de Justicia y del Derecho, o su delegado.
3. El Ministro de Educación Nacional, o su delegado.
4. El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, o su delegado.
5. El Superintendente Nacional de Salud, o su delegado.
6. El Director del Instituto Nacional de Salud, o su delegado.
7. El Director del Invima, o su delegado.
8. Un Representante de las Facultades de las Ciencias de la Salud, con experiencia en investigaciones relacionadas con el uso médico del cannabis.

Parágrafo. La Comisión deberá reunirse por lo menos una vez cada tres (3) meses durante los dos primeros años y rendir un informe al Congreso de la República sobre los avances en la materia, dentro del mes siguiente al inicio de la legislatura de cada año. Cumplido este término la Comisión deberá reunirse por lo menos una vez cada 6 meses.

Artículo 18°. Reglamentación. El Gobierno nacional deberá expedir la reglamentación sobre el uso médico y científico del cannabis en un término de dos (2) años que se contará a partir de la sanción de la presente ley.

Parágrafo 1°. En el caso en que exista una normatividad vigente al momento de expedición de esta ley y que la misma defina condiciones de licenciamiento para la posesión de semillas, cultivo de plantas de cannabis, producción y fabricación de derivados de cannabis o exportación de los mismos con fines científicos o medicinales, se otorgará un plazo de un año, contado desde la fecha de expedición de la regulación técnica definida en esta ley, para que las personas naturales y jurídicas que ya hayan obtenidos las mencionadas licencias o que estén en proceso de licenciamiento, certificado por la autoridad competente, cumplan con todos los requisitos que se definen en esta ley y su posterior reglamentación.

Artículo 19°. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias, en materia de cannabis.

Resolución Núm. 0-2370, de 11 julio de 2016, por medio de la cual se reglamenta la aplicación del principio de oportunidad y se derogan las Resoluciones núm. 0-6657 de 2004, 0-6658 de 2004, 0-6618 de 2008, 0-3884 de 2009, 0-0692 de 2012, 0-0919 de 2014, 1168 de 2014.

El Fiscal General de la Nación, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en el artículo 250 de la Carta Política, los artículos 323 y 330 de la Ley 906 de 2004 y los numerales 1, 6 y 19 del artículo 4° del Decreto 016 de 2014, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 250 de la Carta Política señala que *"[l]a Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio*".

Que el numeral 4 del artículo 251 de la Carta Política señala que "*[s]on funciones especiales del Fiscal General de la Nación: 4. Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal (…)*"

Que el artículo 321 de la Ley 906 de 2004 señala que "*[l]a aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado*".

Que el inciso 2° del artículo 323 de la Ley 906 de 2004 dispone que el principio de oportunidad debe ser aplicado "*con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el juez de garantías*".

Que el artículo 330 de la Ley 906 de 2004 impuso al Fiscal General de la Nación el deber de reglamentar el procedimiento interno para la aplicación del principio de oportunidad, de manera tal que se cumpla con su finalidad legal y Constitucional, y se desarrolle el plan de política criminal del Estado.

Que mediante las Resoluciones números 0-6657 y 0-6658 de 2004, posteriormente modificadas y adicionadas por las resoluciones 0-6618 de 2008, 03884 de 2009, 0-0692 de 2012, 0-0919 de 2014 y 1168 de 2014, el Fiscal General de la Nación reglamentó el trámite para la aplicación del principio de oportunidad.

Que con posterioridad a dicha reglamentación se promulgaron la Ley 1312 de 2009 (*por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad*) y la Ley 1474 de 2011 (artículos 13 y 40), que modificaron y adicionaron las disposiciones legales relacionadas con el principio de oportunidad.

Que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la aplicación del principio de oportunidad, entre otras, en las sentencias C-673 de 2005, C-984 de 2005, C-979 de 2005, C-095 de 2007 y C-936 de 2010, en las que se declararon inexequibles algunas normas legales relacionadas con el principio de oportunidad y se expusieron consideraciones a tener en cuenta para que la aplicación del principio de oportunidad sea coherente con el orden constitucional.

Que en virtud del panorama descrito en las consideraciones anteriores, se hace pertinente actualizar y unificar en un solo cuerpo normativo la regulación interna sobre la aplicación del principio de oportunidad en la Fiscalía General de la Nación.

Que el artículo 114 de la Ley 906 de 2004, autoriza a los fiscales delegados en cada caso concreto, a adelantar todas las actuaciones que son competencia de la Fiscalía General de la Nación tanto en las etapas de investigación como en las audiencias preliminares o de juicio, y a su turno el artículo 49 del Decreto-ley 016 de 2014, describe la competencia de los Fiscales Delegados así: "*Los fiscales delegados tienen competencia en todo el territorio nacional y actúan siempre en representación de la Fiscalía General de la Nación siguiendo las políticas y directrices formuladas por el Fiscal General de la Nación en desarrollo de los principios de unidad de gestión y jerarquía*".

Que el parágrafo 2° del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, asignó al Fiscal General de la Nación o a su delegado especial, la competencia para aplicar el principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda seis (6) años de prisión.

Que la aplicación del principio de oportunidad procede en todos los eventos, salvo los señalados en los parágrafos 1°, 3° y 4° del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, y en el parágrafo del artículo 175 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Que el Presidente de la República en uso de sus facultades constitucionales y legales reglamentó parcialmente la Ley 975 de 2005 a través del Decreto 3391 de 2006, y en su artículo 14 dispuso que en los procesos de Justicia y Paz la Fiscalía General de la Nación podría aplicar el principio de oportunidad respecto de terceros ajenos al grupo armado organizado al margen de la ley, que exclusivamente hayan participado en las conductas relacionadas con la adquisición, posesión, tenencia, transferencia y en general con la titularidad de los bienes ilícitos, y que colabore eficazmente para que sean entregados para la reparación de las víctimas.

Que la Ley 1098 de 2006 mediante la cual se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia, consagró como principio rector la aplicación del principio de oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente.

Que en virtud de lo dispuesto en los artículos 154, 158 y 174 del Código de la Infancia y la Adolescencia, la aplicación del principio de oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente solo se podrá llevar a cabo con el consentimiento de las partes.

Que según lo dispuesto por artículo 158 del Código de la Infancia y la Adolescencia está prohibido el juzgamiento de adolescentes en ausencia y según la sentencia C-055 de 2010 de la Corte Constitucional dicha prohibición no se aplica cuando la mencionada ausencia se deba a contumacia o a actuaciones elusivas.

RESUELVE:

TÍTULO I GENERALIDADES

CAPÍTULO I

Principios generales

Artículo 1°. Objeto. Esta resolución tiene por objeto actualizar y unificar los criterios de la regulación del trámite del principio de oportunidad y promover su aplicación de conformidad con la Constitución, la ley, la jurisprudencia y la doctrina, en el marco de la función reglamentaria conferida al Fiscal General de la Nación en esta materia.

Las disposiciones del Capítulo I se tendrán en cuenta para interpretar las normas de los demás capítulos de la presente resolución.

Artículo 2°. Principio de proporcionalidad. El principio de oportunidad es un instrumento constitucional de la política criminal del Estado, cuya consagración y aplicación solo es posible mediante la ponderación de los intereses del Estado, de la sociedad y de los intervinientes en el proceso penal. La aplicación del principio de oportunidad debe estar fundamentada siempre en el desarrollo de los criterios de

adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, propios de la técnica de la ponderación. En su aplicación se presume el respeto por el principio de justicia.

Parágrafo. No se concederán inmunidades totales, salvo cuando el beneficio obtenido para la justicia, la sociedad y las víctimas sea significativamente superior al obtenido por el procesado.

Artículo 3°. Discrecionalidad. Según el inciso primero del artículo 250 de la Constitución y el artículo 323 de la Ley 906 de 2004, la aplicación del principio de oportunidad es una facultad constitucional de la Fiscalía General de la Nación, en consecuencia, su utilización no es obligatoria aun cuando se cumplan las condiciones para su adopción. Lo anterior no obsta para que el procesado o su defensor puedan solicitar ante el fiscal del caso estudiar la viabilidad de su aplicación. La respuesta a esta solicitud no tendrá carácter vinculante para el fiscal.

Artículo 4°. Oportunidad procesal. De conformidad con el inciso primero del artículo 250 de la Constitución, se podrá aplicar el principio de oportunidad en cualquier etapa del proceso. También procederá su aplicación en la etapa de indagación.

En caso de allanamiento a cargos, su aplicación será viable hasta antes de la audiencia de individualización de pena y sentencia contemplada en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

Artículo 5°. Derechos de las víctimas. El fiscal de conocimiento que solicite la aplicación del principio de oportunidad tendrá en cuenta los derechos de las víctimas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 328 de la Ley 906 de 2004.

Artículo 6°. Lineamientos generales. El fiscal que solicite la aplicación del principio de oportunidad deberá:

1. Verificar la existencia de un mínimo de elementos materiales probatorios que permitan inferir que el procesado es autor o partícipe de una conducta delictiva.

2. Consultar por el medio más expedito al Grupo de Mecanismos de Terminación Anticipada y Justicia Restaurativa, para establecer si el procesado ha sido beneficiado anteriormente con la aplicación del principio de oportunidad o si se está adelantando algún trámite en ese mismo sentido.

3. Mantener actualizado el sistema misional SPOA respecto del proceso sobre el cual se tramita la aplicación del principio de oportunidad.

4. Diligenciar el formato estandarizado y adjuntar en fotocopia la documentación que sustente la causal invocada y los elementos materiales probatorios o evidencia física que desvirtúan la presunción de inocencia.

5. Remitir copia del formato diligenciado con sus respectivos anexos al Grupo de Mecanismos de Terminación Anticipada y Justicia Restaurativa.

CAPÍTULO II

Aspectos generales de la aplicación del principio de oportunidad

Artículo 7°. Modalidades. El principio de oportunidad se aplica en las modalidades de: (i) Interrupción, (ii) Suspensión o (iii) Renuncia, previa autorización del Juez de Control de Garantías. La aplicación de las modalidades de interrupción y suspensión está dirigida a lograr la renuncia de la acción penal. No obstante, se podrá renunciar a la persecución penal sin que previamente se haya interrumpido o suspendido.

Parágrafo. La celebración de preacuerdos no es excluyente respecto de la aplicación del principio de oportunidad.

Artículo 8°. Modalidad de interrupción. Esta modalidad se presenta cuando no se impone condición alguna al procesado para la aplicación del principio de oportunidad.

Artículo 9°. Modalidad de suspensión. Esta modalidad se presenta cuando en aplicación del principio de oportunidad se imponen determinadas condiciones al procesado y, para permitir su cumplimiento, se suspende la persecución penal por un tiempo determinado. Una vez verificado dicho cumplimiento la Fiscalía podrá renunciar al ejercicio de la acción penal.

Parágrafo 1°. La aplicación del principio de oportunidad en la modalidad de suspensión será preferente respecto de las causales 4, 5 y 7 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004.

Parágrafo 2°. En el transcurso de la suspensión se podrán modificar las condiciones impuestas o imponer otras, siempre que se lleven a cabo siguiendo los mismos requisitos exigidos para la aplicación del principio de oportunidad y se sometan a la respectiva autorización del Juez de Control de Garantías.

Artículo 10. Prórroga. Procede en los casos de interrupción o suspensión de la acción penal y previo al vencimiento del término otorgado. Solicitar la prórroga implica cumplir con el procedimiento previsto para la aplicación del principio de oportunidad.

Parágrafo. La solicitud de prórroga debe ser presentada por el medio más expedito, al menos con treinta (30) días de antelación al vencimiento del término.

Artículo 11. Revocatoria. El fiscal que solicite y/o autorice la aplicación del principio de oportunidad en las modalidades de interrupción y suspensión, podrá revocarla antes del vencimiento del plazo previsto para su duración. Su fundamento debe atender a los criterios establecidos en el artículo 2º de la presente resolución.

Artículo 12. Modalidad de renuncia. La modalidad de renuncia se presenta cuando la Fiscalía General de la Nación desiste definitivamente de la persecución penal de uno o varios hechos que configuran uno o más delitos. Su aplicación tiene como consecuencia la extinción de la acción penal respecto de estos hechos, en los términos del artículo 329 de la Ley 906 de 2004.

Artículo 13. Efectos sobre la prescripción. Como quiera que las modalidades de interrupción y suspensión del principio de oportunidad implican cesar temporalmente y por completo cualquier trámite propio de la persecución penal, tal como lo dispone el artículo 323 de la Ley 906 de 2004, se interpretará que con su aplicación se suspenden los términos procesales y el término de prescripción de la acción penal. Dicha suspensión se contará desde la fecha de la legalización de su aplicación.

Artículo 14. Ruptura de la unidad procesal. En los términos del numeral 4 del artículo 53 de la Ley 906 de 2004, cuando en cualquiera de los casos regulados en la presente Resolución, la utilización del principio de oportunidad no proceda para todos los autores y partícipes o respecto de la totalidad de las conductas punibles, procederá la ruptura de la unidad procesal una vez se haya legalizado su aplicación.

Artículo 15. Reincidencia. No habrá lugar a la aplicación del principio de oportunidad para el procesado que, dentro de los cinco (5) años anteriores a la solicitud hubiere sido beneficiado con esta herramienta jurídica y sea reincidente en la misma conducta punible.

Se exceptúan de esta prohibición los eventos en los que se aplique el principio de oportunidad con base en las causales 2, 3, 4, 5, 8, 16 y 18 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004. En estos casos, la carga argumentativa para el fiscal que la solicite es superior.

Artículo 16. Control judicial. En todos los casos será el fiscal de conocimiento o, quien para el efecto el Fiscal General de la Nación designe, quien actúe en la audiencia de legalización de aplicación del principio de oportunidad ante el Juez de Control de Garantías.

Si el Juez no legaliza su aplicación, sin perjuicio de la interposición de los recursos a que haya lugar o de que se vuelva a intentar la aplicación del principio, el fiscal de conocimiento reanudará inmediatamente la actuación en el estado en que se encontraba al momento del inicio del trámite.

Artículo 17. Audiencias reservadas. El fiscal de conocimiento evaluará la posibilidad de proponer al Juez de Control de Garantías la restricción de la publicidad en los procedimientos propios de la aplicación del principio de oportunidad, en los términos del Capítulo II del Título VI de la Ley 906 de 2004, en aras del buen desarrollo y la eficacia de la investigación, y de la seguridad de procesados y testigos.

Artículo 18. Poder preferente del Fiscal General de la Nación. El Fiscal General de la Nación podrá asumir de manera preferente la competencia para conocer cualquiera de los procedimientos regulados en la presente Resolución independientemente de la etapa en que se encuentren, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 251 de la Constitución y en el numeral 2 del artículo 116 de la Ley 906 de 2004.

Artículo 19. Implementación, coordinación y seguimiento de la Dirección Nacional del Sistema Penal Acusatorio. La Dirección Nacional del Sistema Penal

Acusatorio y de la Articulación Interinstitucional en Materia Penal dispondrá lo necesario para implementar, coordinar y hacer seguimiento a los procedimientos consagrados en el Título II de la presente resolución.

Esta Dirección Nacional deberá adoptar las medidas tendientes a adecuar los procedimientos aquí consagrados, con la debida formalización y fundamentación, dirigida a garantizar la operatividad, funcionalidad, continuidad y sostenibilidad de la aplicación del principio de oportunidad, así como a solucionar problemáticas en su aplicación. Lo anterior en cumplimiento de las funciones consignadas en el artículo 25 del Decreto-Ley 016 de 2014, en especial las de los numerales 1 y 2.

Artículo 20. Naturaleza jurídica de la orden de aplicar el principio de oportunidad. En todos los casos, la resolución que decide la aplicación del principio de oportunidad, que se someterá a legalización por parte del Juez de Control de Garantías, configura una orden en los términos de los artículos 161 y 162 de la Ley 906 de 2004, contra la que no procede recurso alguno. En consecuencia no es un acto administrativo sino uno judicial, que solo genera efectos una vez legalizado y ejecutoriado.

TÍTULO II

PROCEDIMIENTO

CAPÍTULO I Aspectos generales

Artículo 21. Funciones del Grupo de Mecanismos de Terminación Anticipada y Justicia Restaurativa. Además de las funciones consagradas en la Resolución 0153 del 6 de mayo de 2016, proferida por la Dirección Nacional del Sistema Penal Acusatorio y de la Articulación Interinstitucional en Materia Penal, el Grupo de Mecanismos de Terminación Anticipada y Justicia Restaurativa tendrá las siguientes, en lo que tiene que ver con la aplicación del principio de oportunidad:

1. Recibir, registrar y consolidar todas las solicitudes de principio de oportunidad a nivel nacional.

2. Recibir, registrar y consolidar los informes sobre la aplicación efectiva del principio de oportunidad.

3. Proyectar las órdenes de aplicabilidad del principio de oportunidad de competencia del Fiscal General de la Nación y aquellas que le sean asignadas especialmente por el Fiscal General de la Nación, el Vicefiscal General de la Nación y el Director Nacional de Sistema Penal Acusatorio y de la Articulación Interinstitucional en Materia Penal.

4. Dar el trámite correspondiente a los derechos de petición, tutelas y demás solicitudes presentadas por los sujetos procesales en relación con la aplicación del principio de oportunidad en los casos de su competencia.

5. Realizar monitoreo permanente a todas las actividades atinentes a la aplicación del principio de oportunidad, con la finalidad de rendir los informes requeridos por el Fiscal General de la Nación, el Vicefiscal General de la Nación y/o la Dirección del Sistema Penal Acusatorio y Articulación Interinstitucional en Materia Penal.

6. Administrar en debida forma la base de datos creada para la aplicación del principio de oportunidad.

7. Informar al Fiscal General de la Nación, cuando la aplicación del principio de oportunidad proceda en un asunto de connotación nacional.

8. De igual manera, previa autorización de la Dirección Nacional de Sistema Penal Acusatorio y de la Articulación Interinstitucional en Materia Penal, el Grupo de Mecanismos de Terminación Anticipada y Justicia Restaurativa podrá:

8.1. Realizar acompañamiento en las audiencias a los fiscales de conocimiento que lo soliciten, utilizando la figura de fiscal de apoyo.

8.2. Realizar mesas nacionales para establecer las posturas jurídicas de los diferentes delegados en aras de tener una retroalimentación, adoptar las medidas pertinentes para solucionar las falencias que se adviertan y de esta manera unificar criterios.

8.3. Desarrollar y participar en seminarios, talleres y conversatorios a nivel nacional.

8.4. Compilar la jurisprudencia y doctrina relacionada con estas herramientas jurídicas.

8.5. Proyectar memorandos para socializar las decisiones a que haya lugar frente al trámite administrativo para la difusión de la figura jurídica.

8.6. Elaborar protocolos para la adecuada aplicación del principio de oportunidad.

8.7. Socializar y replicar instrucciones y lineamientos de la Dirección, a los fiscales del país con el fin de asegurar el cumplimiento ágil y adecuado en la aplicación de la figura.

8.8. Asumir en cualquier momento, el trámite y la decisión para la aplicación del principio de oportunidad dada la complejidad del asunto o el interés en el caso.

CAPÍTULO II

Competencia

Artículo 22. Competencia exclusiva del Fiscal General de la Nación. El Fiscal General de la Nación conocerá de manera exclusiva de la aplicación del principio de oportunidad con fundamento en las causales 2, 3, 4, 5 y 8 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004.

Parágrafo. En estos casos la aplicación del principio de oportunidad es decisión exclusiva del Fiscal General, los acercamientos y conversaciones tendientes a su aplicación no son vinculantes para su adopción.

Artículo 23. Aplicación directa. En los delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo no exceda de seis (6) años, el fiscal de conocimiento podrá aplicar de manera directa el principio de oportunidad, el cual deberá ser legalizado por el Juez de Control de Garantías. Lo anterior de conformidad con el parágrafo 2° del artículo 324 de la Ley 906 de 2004.

Artículo 24. Delegación especial. De conformidad con lo señalado en el parágrafo 2° del artículo 324 y en el artículo 330 de la Ley 906 de 2004, para la aplicación del principio de oportunidad en los delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo exceda de seis (6) años, y con excepción de los casos de competencia exclusiva del Fiscal General de la Nación, se delega a:

1. Los Fiscales Locales, Fiscales Seccionales, Fiscales Especializados, Fiscales Delegados ante Tribunal, y los Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia, para su aplicación en los casos de su competencia.

2. El Fiscal Jefe de la Dirección de Fiscalías Nacionales Especializadas de Justicia Transicional, para autorizar su aplicación en los casos de conocimiento de los fiscales adscritos a esta Unidad, cuando invoquen la aplicación de la causal 16 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004.

3. Los Fiscales adscritos a la Unidad de Fiscalías de Infancia y Adolescencia, en lo de su competencia.

Parágrafo. Los acercamientos y conversaciones adelantadas entre las partes, tendientes a la aplicación del principio de oportunidad no serán vinculantes para los fiscales delegados.

Artículo 25. Conexidad procesal. En los casos en los que se advierta conexidad procesal en los términos de los artículos 50 y 51 de la Ley 906 de 2004, para determinar la competencia, se observarán las reglas descritas en el artículo 52 de la Ley 906 de 2004.

CAPÍTULO III

Aspectos especiales del procedimiento

Artículo 26. Procedimiento para aplicación de las causales exclusivas del Fiscal General y para eventos de justicia y paz. En los casos de competencia exclusiva del Fiscal General de la Nación regulados en el artículo 22 de la presente resolución, y en los casos de justicia y paz se aplicará el siguiente procedimiento:

1. El fiscal de conocimiento deberá remitir al Grupo de Mecanismos de Terminación Anticipada y Justicia Restaurativa el formato para la aplicación de principio de oportunidad con el propósito de que se registre la información. El formato, con indicación concreta de la causal y las razones de orden jurídico y procesal que motivan su aplicación, se remitirá con los siguientes anexos:

1.1 Copia de los materiales probatorios y evidencia física mínimos, que permitan inferir de manera razonable la tipicidad del hecho y la autoría del procesado, sin que se vulnere la reserva del expediente, ni se comprometa el curso de la investigación.

1.2 Copia de todos aquellos soportes que el fiscal de conocimiento considere necesarios para fundamentar su solicitud.

1.3 El registro de la manifestación de la víctima.

2. Recibida la solicitud, el Grupo de Mecanismos de Terminación Anticipada y Justicia Restaurativa establecerá en un término máximo de tres (3) días, contados a partir del día siguiente del recibo, si hace falta algún documento de los anteriores o adicional para realizar el estudio, y lo comunicará de manera inmediata al fiscal de conocimiento, quien deberá remitir los documentos requeridos en un término no mayor a tres (3) días. Si en dicho término la solicitud no se ajusta, se devolverá y se dejará la respectiva constancia en el registro.

3. Admitida la solicitud, el Grupo de Mecanismos de Terminación Anticipada y Justicia Restaurativa establecerá la viabilidad de la aplicación del principio de oportunidad y proyectará la resolución que autoriza o niega en un término no superior a diez (10) días contados a partir de la recepción de todos los documentos.

4. El Fiscal General de la Nación suscribirá dicha resolución de encontrarla procedente.

5. Adoptada la decisión, el Grupo de Mecanismos de Terminación Anticipada y Justicia Restaurativa la comunicará por el medio más expedito al fiscal de conocimiento.

Parágrafo 1°. En los casos de aplicación del principio de oportunidad de competencia exclusiva del Fiscal General de la Nación, la carpeta y el control de la investigación estarán a cargo del fiscal de conocimiento mientras dure la interrupción o la suspensión.

Parágrafo 2°. En el evento de presentarse alguna novedad que tenga incidencia en su aplicación, el Fiscal General de la Nación decidirá sobre la renuncia o continuidad de la persecución penal, o la prórroga de la suspensión o interrupción. Para el efecto el fiscal de conocimiento deberá comunicar dichas novedades.

Parágrafo 3°. Para los casos de justicia y paz, tanto la viabilidad de aplicación del principio de oportunidad como la suscripción de la resolución autoriza o niega, estarán a cargo del delegado especial.

Artículo 27. Procedimiento para la aplicación directa y la delegación especial. Cuando se pretenda la aplicación del principio de oportunidad en los términos de los artículos 23 sobre aplicación directa y 24 sobre delegación especial de la presente Resolución, se seguirá este trámite:

1. El fiscal de conocimiento actualizará el sistema misional SPOA, respecto del caso al que pretende aplicar el principio de oportunidad y, diligenciará el respectivo formato para su aplicación, como requisito de procedibilidad.

2. Posteriormente lo remitirá por el medio más expedito a quien desempeñe funciones de jefe o coordinador de la Unidad o Dirección a la que se encuentre adscrito y, simultáneamente, al Grupo de Mecanismos de Terminación Anticipada y Justicia Restaurativa.

3. El jefe o coordinador de la Unidad o Dirección será informado previamente de la decisión de solicitar la aplicación del principio de oportunidad. De tratarse de un caso de connotación informará inmediatamente al Fiscal General.

4. Para continuar con el trámite, el fiscal de conocimiento deberá esperar la validación de la base de datos del Grupo de Mecanismos de Terminación Anticipada y Justicia Restaurativa, la cual se realizará preferentemente a través de correo electrónico y en un plazo no superior a cinco (5) días. Luego de esto, y dentro del término previsto en el artículo 39 de la presente resolución, solicitará la audiencia de control de legalidad para la aplicación del principio de oportunidad.

5. Realizada la audiencia, el fiscal remitirá copia del acta respectiva al Grupo de Mecanismos de Terminación Anticipada y Justicia Restaurativa.

Parágrafo. Dada la complejidad del asunto o el interés en el caso, el Grupo de Mecanismos de Terminación Anticipada y Justicia Restaurativa podrá asumir, en cualquier momento, el trámite y la decisión para la aplicación del principio de oportunidad.

CAPÍTULO IV

Ley de justicia y paz

Artículo 28. Ley de justicia y paz. En los términos y condiciones de la Ley 975 de 2005, del artículo 14 del Decreto 3391 de 2006 y del numeral 16 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, la Fiscalía General de la Nación puede aplicar el principio de oportunidad al tercero que ostente la titularidad aparente de bienes que pertenecen a grupos organizados al margen de la ley. Para su aplicación en estos casos, se observarán las siguientes reglas:

1. Actuará como delegado especial del Fiscal General de la Nación, el fiscal que para el efecto delegue el Director Nacional de Fiscalías Especializadas de Justicia Transicional.

2. Recibida la respectiva solicitud, el delegado especial la comunicará por el medio más expedito a la Subunidad Elite de Persecución de Bienes para la Reparación de las Víctimas, para que esta rinda informe escrito en el que relacione todos los bienes que fueron entregados por los eventuales beneficiados. Dicho informe hace parte de los criterios para decidir la aplicación del principio

de oportunidad. En lo demás se seguirá el procedimiento regulado por el artículo 26 de la presente resolución, en lo que resulte pertinente.

CAPÍTULO V

Sistema de responsabilidad penal adolescente

Artículo 29. Principios aplicables. La aplicación del principio de oportunidad deberá estar guiada por los principios generales del Código de la Infancia y la Adolescencia, en especial aquellos relativos al Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente, y por los instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad.

Para su trámite la Fiscalía General de la Nación contará con el apoyo de las instituciones y entidades que intervienen en el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente.

Artículo 30. Naturaleza. De conformidad con el numeral 11 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, los artículos 140 y 174 del Código de la Infancia y la Adolescencia y la jurisprudencia, en los procesos penales que se adelanten contra adolescentes se procurará optar por medidas diferentes al efectivo enjuiciamiento de los adolescentes infractores. En consecuencia, la aplicación preferente del principio de oportunidad como mecanismo de terminación anticipada del proceso, es un principio rector del Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente. Esta aplicación buscará satisfacer el interés superior del menor.

Artículo 31. Oportunidad. De conformidad con el inciso primero del artículo 250 de la Constitución y con el artículo 139 del Código de la Infancia y la Adolescencia, el principio de oportunidad se tramitará en cualquier momento y sin importar la edad de la persona procesada, siempre que se demuestre que al momento de cometer el hecho punible tenía entre catorce (14) y dieciocho (18) años.

El principio de oportunidad se aplicará preferiblemente antes de formular imputación.

Artículo 32. Derechos de las víctimas. De conformidad con el artículo 140 del Código de la Infancia y Adolescencia, el artículo 328 de la Ley 906 de 2004 y el artículo 40 de la presente resolución, el fiscal de conocimiento comunicará a la víctima por el medio más expedito, su propósito de aplicar el principio de oportunidad. De ello se dejará constancia.

Artículo 33. Procedencia. La aplicación del principio de oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente procede en los eventos dispuestos en los artículos 174 y 175 del Código de la Infancia y la Adolescencia y por las causales contempladas en el artículo 324 de la Ley 906 de 2004.

Cuando se apliquen las causales del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, se atenderá lo dispuesto en el artículo 144 del Código de la Infancia y la Adolescencia para garantizar que su aplicación no sea contraria al interés superior del adolescente.

Artículo 34. Límites a la aplicación. La aplicación del principio de oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente se encuentra limitada por el interés superior del menor.

Parágrafo. En el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente se podrá aplicar el principio de oportunidad en el evento descrito en el parágrafo 3° del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 relativo a conductas dolosas cuya víctima sea un menor de edad, cuando en aplicación del interés superior del menor y del principio de proporcionalidad, se concluya que los derechos del menor de edad víctima pueden ceder en favor de los derechos del menor de edad procesado penalmente.

Artículo 35. Restricción a la publicidad del proceso. En los términos del artículo 153 del Código de la Infancia y Adolescencia, las personas que conozcan del trámite del principio de oportunidad guardarán la debida reserva con el fin de proteger el interés superior del menor.

Artículo 36. Procedimiento. Para la aplicación del principio de oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente se seguirá lo establecido en el artículo 27 de la presente Resolución.

Artículo 37. Control Judicial. Para solicitar al Juez de Control de Garantías la legalización de la aplicación del principio de oportunidad en el Sistema de Responsabilidad Penal Adolescente, se tendrá en cuenta lo establecido en los artículos 32 y 33 de la presente Resolución. Cuando el proceso penal se adelante en ausencia del menor se tendrá en cuenta lo consagrado en los artículos 154, 158 y 174 del Código de la Infancia y la Adolescencia y en la sentencia C-055 de 2010 de la Corte Constitucional.

CAPÍTULO VI

Exigencias comunes a todos los procedimientos

Artículo 38. El fiscal que solicite la aplicación del principio de oportunidad prestará especial atención a la exigencia consagrada en el numeral 2 del artículo 27 de esta resolución, según la cual se debe remitir por el medio más expedito el formato que contiene la información sobre la aplicación del principio de oportunidad, a quien obre como su jefe o coordinador de Unidad o Dirección, y de manera simultánea al envío de dicha información al Grupo de Mecanismos de Terminación Anticipada y Justicia Restaurativa.

Artículo 39. La solicitud ante el Juez de Control de Garantías para la realización de la audiencia de legalización de la aplicación del principio de oportunidad, se hará dentro de los cinco (5) días siguientes, al recibo de la comunicación de la autorización proferida por el Fiscal General o el delegado especial, o al recibo de la validación de la base de datos regulada en el numeral 4 del artículo 27 de la presente resolución, según el caso. En los eventos en que se requiera autorización del Fiscal General de la Nación o de su delegado especial, estos procurarán que la fecha en la que se envía la comunicación sea la misma que la de la respectiva resolución.

Artículo 40. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 328 de la Ley 906 de 2004 y 6º de esta Resolución, en la audiencia de legalización de la aplicación del principio de oportunidad, el fiscal de conocimiento deberá mostrar que la víctima tiene conocimiento sobre su celebración, sus efectos y su contenido.

En aplicación del inciso segundo del artículo 327 de la Ley 906 de 2004, el fiscal pondrá en conocimiento del juez la posición de la víctima o su representante frente a la utilización del principio de oportunidad en el caso concreto. Lo anterior le permitirá llevar a cabo la mencionada audiencia de control, incluso en los casos excepcionales en que no comparezca la víctima.

Artículo 41. De conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 323 y el 330 del Código de Procedimiento Penal, el cumplimiento de lo establecido en la presente resolución es requisito de validez para su legalización ante Juez de Control de Garantías.

TÍTULO III

VIGENCIA

Artículo 42. Vigencia. La presente resolución se aplicará para los procedimientos y solicitudes en curso, las cuales deberán remitirse al funcionario competente en el término de treinta (30) días siguientes a la comunicación de la presente reglamentación.

Artículo 43. Derogatorias. La presente resolución rige a partir de su publicación y deroga las Resoluciones números 0-6657 de 2004, 6658 de 2004, 0-6618 de 2008, 0-3884 de 2009, 0692 de 2012, 0-0919 de 2014 y 1168 de 2014 y todas aquellas que le sean contrarias.

Proyecto de Ley Núm. 256 de 2016, Cámara, 99 de 2014 Senado, acumulado con el Proyecto de Ley Número 145 de 2015 Senado, por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia.

Texto proveniente de la Gaceta del Congreso número 441 y 440, ambas del 17-6-2016. Pueden ser consultado en el siguiente enlace.

III. NOTICIAS DE LA FICP

1. Congresos, seminarios y cursos

La FICP (co)organiza actualmente o ha (co)organizado los siguientes congresos, cursos o conferencias:

(i) Seminario de Docencia e Investigación DP-ULE

El pasado 5 de mayo de 2016 tuvo lugar la conferencia del **Prof. Dr. José Luis González Cussac**, Catedrático de Derecho Penal y socio de la FICP, sobre "Terrorismo y criminalidad organizada como amenazas a la seguridad nacional". Asimismo, con fecha de 16 de mayo se presentó la conferencia del **Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña**, Catedrático de Derecho Penal y Presidente de Honor de la FICP, sobre "Omisión y comisión por omisión". Seminario organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP. Lugar: Aula 3 y Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. de León.

Las fotos de las ediciones del Seminario de Docencia e Investigación DP-ULE están publicadas en el álbum correspondiente de nuestra Galería.

Arriba: el Prof. Dr. González Cussac durante su conferencia. Abajo: el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña, moderado por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Díaz y García Conlledo.

(ii) III Congreso Nacional Penitenciario Legionense

9 y 10 de mayo de 2016. Sobre "**La aplicación de las penas y medidas alternativas a la prisión en España**". Coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León, conjuntamente con la Agrupación de Cuerpos de la Administración de Instituciones Penitenciarias (Acaip), la Fundación Sociedad y Justicia y la FICP. Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Univ. León (España). En la página web de la FICP, en la sección de Actas de Congresos y Seminarios, están publicados el programa y las Actas del Seminario con las ponencias y comunicaciones.

Imágenes de la primera jornada del Congreso, con ponencias de la Prof. Dra. de Vicente Martínez (abajo, dcha.) y del Exmo. Sr. Suárez-Quiñones y Fernández (abajo, izq.).

Imágenes de la segunda jornada del Congreso, con ponencias del Sr. Rodríguez Santocildes (arriba, izq.) y de la Prof. Dra. Trapero Barreales (arriba, dcha.).

(iii) Coloquios triangulares y su proyección innovadora (*service-learning*) al ámbito universitario y a la sociedad (II):

25 y 26 de mayo de 2016. Con motivo del "**XX Aniversario de la entrada en vigor del Código Penal**". Coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP. Director: Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo. Salón de Actos de la Facultad de Derecho, Univ. de León (España).

En la página web de la FICP, en la sección de Eventos Anteriores, están publicados el cartel y el tríptico del evento.

Los estudiantes exponen sus ponencias durante la segunda edición de los Coloquios Triangulares.

(iv) XIX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal

2 y 3 de junio de 2016. Sobre "**Derecho penal general y de empresa**". Coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y la FICP (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña; coords.: Profs. Dres. Raquel Roso Cañadillas y José-Zamyr Vega Gutiérrez y Profs. E. Luzón Campos, Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz y Lina Mª Cardona Cardona). Facultad de Derecho, Univ. de Alcalá (España). Asistencia limitada a la escuela del Prof. Luzón, patronos de la FICP y otros invitados. Además de ponentes y moderadores entre los anteriores, han sido ponentes invitados especiales los Profs. Dres. Carlos García Valdés (Univ. de Alcalá), Vittorio Manes (Univ. de Bolonia) y Emilio Cortés Bechiarelli (Univ. de Extremadura).

En la página web de la FICP, en la sección de Actas de Congresos y Seminarios, se irán publicando próximamente el programa y las Actas del Seminario con las ponencias, debates y comunicaciones.

Todas las fotos del XIX Seminario se hallan publicadas en el álbum correspondiente de nuestra Galería de fotos, pero a continuación se muestra una selección:

Instantáneas de la inauguración del XIX Seminario por el Prof. Dr. Javier de Vicente Remesal y el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña, así como de la presentación de la ponencia de D.ª Natalia Torres Cadavid, moderada por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo. Abajo a la derecha, un momento del debate posterior con la intervención de la Prof. Dra. Rueda Martín.

El Prof. Dr. Carlos García Valdés durante su ponencia invitada especial, moderado por el Prof. Dr. Mestre Delgado (a su izq.). Abajo, dos momentos del debate posterior, con intervenciones de los Profs. Dres. Luzón Peña y Mestre Delgado, entre otros.

Imágenes de las ponencias de los Profs. Paredes Castañón (arriba, izq.), Durán Seco (arriba, dcha.) y Suárez López (abajo, izq.), así como del público asistente.

Varios momentos de los debates posteriores a las ponencias, con intervenciones de los Profs. Dres. Olaizola Nogales (arriba, izq.), Vega Gutiérrez (arriba, dcha.), Maraver Gómez (abajo, izq.) y Rueda Martín (abajo, dcha.), entre otros.

Imágenes del Prof. Dr. Cortés Bechiarelli durante su ponencia (arriba, izq.) y del debate posterior, con intervenciones, entre otros, de los Sres. David Ruiz Rosillo (abajo, izq.) y los Profs. Dres. Enrique Peñaranda Ramos (arriba, dcha.) y Silvia Martínez Cantón (abajo, dcha.).

Imágenes del Prof. Dr. Manes durante su ponencia y del debate posterior, con intervenciones entre otros de los Profs. Dres. Carbonell Mateu (abajo, izq.) y Peñaranda Ramos (abajo, dcha.).

Coordinadores y asistentes al XIX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal.

(v) XVII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal

7 y 8 de julio de 2016. Sobre "**Análisis económico del Derecho y Derecho Penal**". (el jueves por la tarde y el viernes por la mañana). Coorganizado por las Áreas de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Univ. de León y la FICP (dirs.: Profs. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado, Catedráticos de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, respectivamente). Facultad de Derecho, Univ. de León (España). Este año serán ponentes invitados los Profs. Dres. Nuno Garoupa (Texas A&M University School of Law), Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (Univ. Complutense de Madrid), Pedro Mercado Pacheco (Univ. de Granada) y Juan Antonio García Amado (Univ. de León).

En la página web de la FICP, en la sección de Actas de Congresos y Seminarios, se publicarán próximamente el cartel y las Actas del Seminario con las ponencias, debates y comunicaciones.

Los Profs. Dres. Juan Antonio García Amado y Miguel Díaz y García Conlledo inauguran el Seminario.

Imágenes de los ponentes y del público asistente al Seminario: arriba a la izq., el Prof. Dr. Nuno Soares de Oliveira Garoupa, a la dcha., los Profs. Dres. Juan Antonio García Amado y Pedro Mercado Pacheco; abajo a la dcha., el Prof. Dr. Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno.

2. Acto homenaje a Claus Roxin

Celebración de la entrega al homenajeado del Liber Amicorum en homenaje a Claus Roxin por su 85.º aniversario (*Freundesgabe für Claus Roxin zum 85.Geburtstag*): núm. Especial 2016/5 de la revista GA: Goltdammer's Archiv für Strafrecht. 28 de mayo de 2016 de 2016. Feldafing junto al Lago de Starnberg, Baviera, Alemania. Hotel Kaiserin Elizabeth

1. La fiesta de celebración de la ofrenda y entrega del *Liber amicorum/Freundesgabe* por su 85.º cumpleaños, al Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin, Catedrático emérito de Derecho Penal y Procesal Penal de la Univ. de Múnich y Socio de honor núm. 1 de la FICP, fue un acto selecto organizado por el Director/editor principal del GA y discípulo de Roxin, Prof. Dr. Jürgen Wolter, catedrático emérito de la Univ. Mannheim y Socio de la FICP, en el que tuvieron muy relevante intervención con sus alocuciones cinco catedráticos patronos y socios de la FICP: de los Patronos el Presidente de honor de la FICP y director de Foro FICP Prof. Dr. Dr. h. c. mult. D.-M. Luzón Peña y el director de Libertas Prof. Dr. M. Díaz y García Conlledo, y entre los Socios, además del organizador Prof. J. Wolter, los Profs. Dres. Dr. h. c. mult. Bernd Schünemann y Jesús Silva Sánchez; y participaron también

el catedrático patrono de la FICP Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio y los socios y catedráticos acreditados Prof. Dres. Luis Greco y Ricardo Robles Planas.

La celebración del acto homenaje congregó en la tarde del 28 de mayo en los salones del Hotel Kaiserin Elizabeth (H. Emperatriz Isabel) en Feldafing, Baviera, a 36 kilómetros de la capital de ese Land, Múnich, junto al homenajeado y su esposa, la Sra. Dra. Imme Roxin, a los participantes en dicha obra: el propio Prof. J. Wolter y la Dra. Roxin, aquellos miembros del consejo científico del GA ("colaboradores permanentes") especialmente ligados por vínculos de amistad al Prof. Roxin: los catedráticos Profs. Dres. Heinz Schöch, Bernd Schünemann, Diego-M. Luzón Peña, Heike Jung, Jesús Silva Sánchez; Miguel Díaz y García Conlledo, Kai Ambos, Christian Jäger, Mark A. Zöller, Gabriel Pérez Barberá, Luis Greco y Ricardo Robles Planas; y la que fue muchos años secretaria del Prof. Roxin en la Univ. de Múnich, Sra. Marlies Kotting.

2. La *Freundesgabe* (GA 2016/5) por acuerdo entre los Profs. Wolter, Luzón y Díaz ***va a ser traducida al español y como muestra de colaboración entre la FICP y la revista GA constituirá un número especial monográfico, el 5, 2016, de nuestra revista Libertas***. Los trabajos que la integran son:

* Introducción de J. Wolter sobre: C. Roxin y el Goltdammer's Archiv;
* Artículos de: Díaz y García Conlledo (¿responsabilidad penal de personas jurídicas?), Greco (teoría de la corrupción), Jäger (legítima defensa: concepción dualista y restricciones ético-sociales), Jung (el proceso penal en los Proyectos Alternativos), Luzón Peña (equivalencia de la omisión con la comisión: creación o aumento del peligro por la omisión), Robles Planas (la teoría de la imputación objetiva), Schöch (consentimiento hipotético en medidas médicas de dopaje), Schünemann (delitos impropios de omisión), Silva (error de prohibición), Wolter (prescripción, determinación alternativa de los hechos, concursos), Zöller (prohibición transnacional europea de la doble punición o *bis in idem*);
* Informe: Ambos/Mallarino (el CEDPAL: Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano, Univ. Göttingen);
* Artículos-recensiones: Pérez Barberá (LH iberoamericano a B. Schünemann), I. Roxin (dos manuales sobre *compliance*);
* Recensiones: de F-C. Schroeder y Beulke
* Listado de publicaciones de Roxin en 2011-2016: por. M. Kotting

3. La celebración del acto comenzó a las 15,30 con una recepción en en los salones del hotel a los asistentes, a los que se sumaban las Sras. de Wolter, Schöch y Pérez-Barberá (Dra. Alejandra Verde).

De 16,30 a 18,30 se desarrolló el acto académico de ofrenda del libro homenaje del modo siguiente:

* En primer término tuvieron lugar las Alocuciones de los intervinientes seleccionados, destacando todas las relaciones personales y científicas del orador con el Prof. Roxin a lo largo de su dilatada vida, en el siguiente orden: discurso inaugural del Prof. Wolter, alocuciones de los Profs. Luzón Peña, Schöch, Silva, Jung, Díaz y García Conlledo, y, cerrando las intervenciones, la del primer discípulo de Roxin Prof. Schünemann, socio asimismo de la FICP.
* Seguidamente se realizó la entrega de sendos ejemplares de la FG por cada uno de los oradores y restantes participantes al homenajeado
* Finalmente el Prof. Roxin pronunció su discurso de agradecimiento a todos.

Tras una pausa de recreo en los jardines, a partir de las 19,30 se sirvió una cena de gala a todos los asistentes, con nuevos discursos de algunos de ellos, como los Profs. Schöch y Ambos, la Dra. Roxin y el homenajeado.

4. A partir de la página siguiente se reproducen, ya traducidas al español, las **alocuciones de nuestros dos Patronos Profs. Dres. Luzón Peña y Díaz y García Conlledo.**

5. Todas las fotos del evento están publicadas en el álbum correspondiente de la Galería de fotos de nuestra página web, de las cuales se reproduce la siguiente selección:

Diversos momentos de las Alocuciones de los intervinientes seleccionados y el público asistente. Arriba: de izq. a dcha., los Profs. Dres. Wolter, Luzón Peña, Schöch y Silva. Abajo: de izq. a dcha., los Profs. Dres. Jung, Díaz y García Conlledo y Schünemann.

Instantáneas de la entrega al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Roxin de los ejemplares de la FG por algunos de los participantes en el homenaje. Arriba: de izq. a dcha., los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Luzón Peña y Silva Sánchez. Abajo: de izq. a dcha., los Profs. Dres. Pérez Barberá (con traje claro), Greco y Zöller.

Diversos momentos del discurso de agradecimiento del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Roxin y de la cena de gala, con la intervención de su esposa, la Dra. Imme Roxin.

Alocución del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña

Queridos maestro Prof. Roxin y esposa Sra. Roxin, y muy apreciados y queridos colegas:

Para mí es un gran gozo y honor contarme entre los elegidos para esta ocasión de festejo y celebración y poder así dirigirles a ustedes unas palabras de reconocimiento y amistad. Cuando el organizador y alma de esta reunión de homenaje al maestro, mi querido amigo y colega Jürgen Wolter, me ofreció esta posibilidad, seguramente pensó que por mi antigüedad yo podría ser el primero en hablar de los colegas españoles aquí presentes. Y efectivamente, a continuación querría subrayar especialmente la relación que desde hace más de cuarenta años hemos mantenido yo mismo y mi escuela con Claus Roxin:

Cuando estaba en mitad de mi primera estancia alemana de investigación predoctoral desde 1971 a 1973 en el Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional de Freiburg, en la primavera de 1973 visité por primera vez a Claus Roxin en su Instituto de CC. Penales de la Universidad de München (Múnich) y así conocí a quien iba a ser mi maestro alemán y también a su querida esposa, Imme Roxin, que desde entonces, actuando como perfecta y encantadora anfitriona, nos acogió muchas veces en su casa a mi esposa y a mí. Yo sentía profunda admiración por las aportaciones y la significación de Roxin dentro de la ciencia del Derecho penal y quería traducir al español su libro recopilatorio "Strafrechtliche Grundlagenprobleme", 1973, y en efecto así lo acordamos, decidiendo añadirle a la versión original otros cuatro artículos suyos sobre Fin de protección de la norma, Culpabilidad y responsabilidad, En el límite de comisión y omisión y El desistimiento de la tentativa. El libro apareció con el título "Problemas básicos del Derecho penal" en 1976 en Madrid (Ed. Reus) y supuso el primer libro amplio de Roxin sobre cuestiones fundamentales de la Parte general en lengua española, lo que permitió su conocimiento por un gran número de penalistas que entienden el idioma español en España y toda la América latina, pero también en Portugal e Italia.

Desde entonces he estado en permanente relación con C. Roxin, que indudablemente se convirtió en auténtico maestro alemán primero mío y a continuación de mis discípulos tanto directos como indirectos. Así me volvió a recibir y acoger durante los años 1976 y 1977 en su Instituto muniqués para realizar allí mi

segunda estancia alemana de investigación, esta vez postdoctoral como becario Humboldt. Durante la misma, con gran placer y aprovechamiento, asistí a sus clases magistrales de Parte General y sobre todo participé en sus Seminarios de investigación semestrales; conocí también a sus entonces ayudantes Schünemann, Haffke y Achenbach; y además pude escribir las últimas 200 páginas de mi libro Aspectos esenciales de la legítima defensa, Barcelona, Bosch, 1978, un segundo libro sobre determinación de la pena (Medición de la pena y sustitutivos penales, Madrid, Instituto de Criminología Univ. Complutense, 1979) y otros diversos trabajos que permitieron mi habilitación como Profesor funcionario: así que este período fue verdaderemente una estancia investigadora muy fructífera.

Una vez que a comienzos de 1980 obtuve una plaza de Prof. Agregado (Profesor extraordinario) en la Univ. Salamanca y seguidamente en 1981 mi primera Cátedra en la Univ. de León, siguieron mi mismo camino alemán mis diversos discípulos: primero Javier de Vicente Remesal [Presidente de la FICP] y Miguel Díaz (aquí presente hoy), luego José Manuel Paredes, Mª T. Rodríguez Montañés o Raquel Roso así como las discípulas de Díaz Inés Olaizola y Mª A. Trapero, y después otros ayudantes más modernos míos [así Fernando de la Fuente, José-Z. Vega, Carmen Pérez-Sauquillo, Lina Cardona] o de J. de Vicente y M. Díaz [como Soledad Barber, Leticia Jericó, Marta García Mosquera, Virxilio Rodríguez Vázquez, Silvia Martínez Cantón, Paz Francés, Susana Escobar, Natalia Torres o Alfredo Alpaca] han ido acudiendo todos estos años a profundizar su formación científica o bien directamente bajo la tutoría de Roxin a la Univ. de Múnich o bajo la de sus discípulos Bernd Schünemann, JürgenWolter, Winfried Bottke y Luis Greco, a las Univs. de Múnich, Mannheim o Augsburg.

Por otra parte nuestra relación personal se ha mantenido firme y constante todos estos años gracias a los diguientes factores: las invitaciones que les hicimos a Roxin y otros destacados colegas alemanes, entre otros a sus discípulos acabados de mencionar, a intervenir en los congresos hispano-alemanes o internacionales que durante años organizamos conjuntamente mi compañero S. Mir Puig y yo en Barcelona y Madrid, el haber participado junto a él yo mismo y mis discípulos en importantes simposios en muchos países y en las publicaciones derivadas de los mismos, a veces con motivo de la concesión de doctorados *honoris causa* a C. Roxin, comenzando por su primer y ya legendario doctorado honorífico europeo en 1991 en

Coimbra. Además el propio Roxin me invitó en junio de 1987 a pronunciar una conferencia sobre autoría y participación en delitos imprudentes en el imponente –desde luego lo era para mí– y gigantesco Auditorio máximo de la Facultad de Derecho muniquesa, en el marco de un ciclo de conferencias que pronuncié entonces también en las Universidades de Colonia, Erlangen y Passau invitado por los colegas Hirsch, Gössel y Beulke.

Y finalmente merecen una mención especial mis traducciones de sus obras. Despues de haber traducido en los años setenta, como ya he indicado, sus Problemas básicos del Derecho Penal y a continuación en 1981 junto con Muñoz Conde otros artículos reunidos como libro bajo el título "Iniciación al Derecho penal de hoy", Roxin me dijo que, por lo que había podido averiguar a través de otros testimonios, la calidad de mi trabajo era tan alta que él quería que fuera yo en todo caso quien llevara a cabo la traducción de su tratado de Derecho Penal, Parte General. Y así ha sido: efectivamente pude realizar la traducción y anotación del mismo con ayuda de algunos de mis discípulos como Díaz, de Vicente y Paredes y toda ella bajo mi supervisión, de modo que en la Ed. Civitas, Madrid, apareció en 1997 el tomo I (en la 2ª ed. alemana) y en 2014 finalmente el tomo II. Como ya mencioné antes, ello ha hecho posible el conocimiento exacto del *opus magnum* de Roxin por parte de miles de lectores hispanoparlantes o entendientes en todo el mundo, pero especialmente en dos continentes: América y Europa.

Por lo demás, la mayoría de mis monografías y artículos son deudores en gran medida de las innovadoras ideas y construcciones de Roxin, si bien normalmente las utilizo como punto de partida de mis propias tesis.

Por todo ello le he dedicado a mi maestro alemán mi propio manual de Parte General en las tres ediciones publicadas desde 1996, al igual que he participado con el mayor placer en prácticamente todos los múltiples libros-homenaje a él dedicados, procurando hacerlo siempre con trabajos sobre cuestiones básicas importantes de nuestra disciplina. Naturalmente lo vuelvo a hacer en esta ocasión, y para mí es un gran honor y satisfacción estar hoy aquí presente y poder expresarle en persona con estas palabras a usted, mi querido maestro, mi felicitación por su 85.º aniversario, cumplido hace algunos días, y mi profunda admiración, respetuosa consideración y gratitud.

¡Muchas gracias!

Alocución del Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo

Queridos Sra. y Sr. Roxin, querido Sr. Wolter, queridos colegas y amigos:

Corría el mes de octubre de 1983, cuando, tras diversos avatares (cursos intensivos de alemán en el Goethe Institut de Prien am Chiemsee unidos a mi beca del DAAD para realizar mi tesis doctoral, traslado a Múnich tras el no poco importante trámite de contraer matrimonio en España –tan en serio me lo tomé que dura hasta hoy…–), cuando esperaba en la puerta del despacho del Prof. Claus Roxin en el Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften de la Universidad de Múnich para presentarme a él al comienzo de la estancia bajo su tutela. Yo era un muchacho de 23 años, lleno de respeto y nervios… en realidad, miedo. Con mi escaso alemán, con mis incipientes conocimientos jurídico-penales, iba a ver a una primera figura mundial del Derecho penal, para colmo el máximo especialista en el que iba a ser el tema de mi tesis doctoral, la autoría, a un señor mayor (para nosotros entonces casi un venerable anciano … ¡de 52 años!, cuatro menos de los que yo, tan joven, tengo ahora), del que había oído hablar muchísimo, especialmente a mi maestro y director de tesis español, el Prof. Diego-Manuel Luzón Peña, … y del que, para colmo, había oído que era tremendamente alto…

Llegó el momento, se abrió la puerta y allí estaba Claus Roxin…, sí, tan alto. Sin embargo, de inmediato el ambiente se destensó con unas amables palabras del gran penalista, cuyo alemán entendía además muy bien, que me acogía con todo cariño… y hasta una copa de vino (español, por cierto). Hasta me mintió caritativamente diciendo que hablaba muy bien y con poco acento el alemán. Puso a mi disposición la mesa en el despacho de doctorandos, la biblioteca… y todo su saber.

Mi estancia de dos años en Múnich fue desde entonces magnífica. Mi maestro alemán me sirvió de modelo docente en sus clases en el Grosser Hörsaal, en los seminarios, en las invitaciones en casa de Frau Gassmann y en la suya propia con la Sra. Roxin, en sus correcciones de los resúmenes de los avances de mi trabajo que le entregué, en las lecturas de sus obras, en sus consejos…. Su generosidad fue máxima. Hasta me perdonó la quema de una mesa y un tomo de la ZStW en el despacho o sala de doctorandos en coautoría –imprudente- con la Sra. Conceiçao Valdagua (¡sí, entonces se fumaba en la sala!)…

Y desde entonces siempre ha sido así. De una u otra forma, Claus Roxin ha estado presente. Para no alargarme, quisiera destacar una cualidad personal de nuestro homenajeado que siempre me ha llamado la atención. Siendo el más grande penalista del mundo, nunca he visto en él un gesto de superioridad, de falta de respeto a nadie y mucho menos de soberbia. Al revés, siempre ha demostrado un respeto y una disposición a ayudar máximos. Basten dos ejemplos entre muchos. España no pertenecía hace treinta años a la Unión Europea (o su predecesor entonces) y Latinoamérica estaba en general lejos de su nivel de desarrollo actual. Sin embargo, Claus Roxin demostraba su esfuerzo hacia esa parte del mundo como hacia el resto: recuerdo que nos solicitó a Mercedes Pérez Manzano y a mí una traducción de uno de sus trabajos que, como conferencia, iba a exponer en países de habla hispana, traducción que hicimos con sumo gusto y consideramos un honor. Pero la cosa no quedó ahí: nos pidió que grabáramos la conferencia en español por un lado la Sra. Pérez Manzano y por otra yo para tener las diferentes entonaciones de dos personas y, además, de distinto sexo y así poder exponer su conferencia en español de la mejor manera posible: un esfuerzo por su parte difícil de imaginar. Y todo un ejemplo.

Y otro, en la misma línea. Aunque él no lo sabe, hace años, en su Doctorado *honoris causa* en Lisboa, mi mujer y yo ocupábamos en el hotel la habitación contigua a la del matrimonio Roxin. Oímos una y otra vez sus ensayos de su discurso de respuesta a la *laudatio* en portugués, oyendo sus pasos e imaginándolo recorrer la habitación una y otra vez como un estudiante que prepara su examen oral, como un joven docente que prepara su exposición de Doctorado o habilitación. Esfuerzos que pocos harían.

Querido Maestro, siga ahí muchos años. Tenemos aún mucho que aprender de su obra y de su vida.

IV. NOTICIAS DE LOS MIEMBROS DE LA FICP

1. Distinciones, galardones; grados académicos (doctorados, maestrías o masters, etc.)*

- El pasado 27 de mayo de 2016 tuvo lugar el acto de solemne investidura como **Doctor *honoris causa*** por la Universidad Nacional de Cajamarca, Perú, **del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Gracia Martín***, Catedrático de la Univ. de Zaragoza y socio de la FICP.

  Durante el acto, al que asistió todo el Consejo Universitario —Rector y Decanos de todas las Facultades—, el Alcalde de la ciudad y el Presidente de la Corte de Justicia. el Prof. Gracia presentó su *Lectio doctoralis* sobre la "Crítica de la doctrina de la responsabilidad penal y sancionatoria administrativa de la persona jurídica y del Proyecto de Ley peruano".

Imágenes del acto de solemne investidura como Dr. h.c. del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luis Gracia Martín.

* Los miembros de la FICP están identificados mediante un asterisco.

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Gracia Martín durante la presentación de su *Lectio doctoralis* en la Univ. Nacional de Cajamarca.

- Con fecha de 15 de julio de 2016 se celebró en la Facultad de CC. Jurídicas de la Universidad Centroamericana de Nicaragua (UCA) el acto de **defensa de la tesis doctoral de D.ª Michelle Rizo Pereira***, dirigida por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña* y el Prof. Dr. José-Zamyr Vega Gutiérrez* y titulada "La delincuencia patrimonial en el matrimonio, uniones de hecho y relaciones análogas de afectividad en Nicaragua y España". El tribunal estuvo compuesto por los Profs. Dres. Julio Andrés Sampedro Arrubla, Catedrático y Decano de la Facultad de Derecho de la Univ. Javeriana, Bogotá (Colombia), M.ª Trapero Barreales*, Catedrática acred. de la Univ. de León (España) y M.ª Asunción Moreno Castillo*, Catedrática de la UCA, estas dos últimas patronas de la FICP.

Imágenes de la Dra. Michelle Rizo Pereira durante la defensa de su tesis doctoral y de la intervención del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña como codirector. Arriba a la dcha: de izq.

a dcha., la Dra. Rizo Pereira, el Excmo. Sr. Idiáquez, Rector Magnífico de la UCA, el Excmo. Sr. Dr. Aguilar, Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña y el Prof. Dr. Vega Gutiérrez.

Arriba: imágenes de los miembros del tribunal (Profs. Dres. Moreno Castillo, Sampedro Arrubla y Trapero Barreales) y de la intervención del Prof. Dr. Vega Gutiérrez como codirector. Abajo a la dcha.: de izq. a dcha., los Profs. Dres. Aráuz Ulloa, Vega Gutiérrez, Moreno Castillo, Sampedro Arrubla, Luzón Peña, la Dra. Rizo Pereira y el Excmo. Sr. Dr. Aguilar.

- El pasado 22 de julio de 2016 tuvo lugar la entrega de su nombramiento como **Doctor *honoris causa*** por la Univ. Inca Garcilaso de la Vega de Lima, Perú, al **Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo***, Catedrático de la Univ. de León y patrono de la FICP. El acto solemne de investidura, cuyo program pueden consultarse aquí, tendrá lugar el día 1 de septiembre.

Universidad Inca Garcilaso de la Vega
Nuevos Tiempos. Nuevas Ideas
RECTORADO
Secretaría General

RESOLUCION RECTORAL N° 282-2016-RUIGV
Lima, 22 de julio de 2016

Que, es política de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega Asociación Civil, reconocer y enaltecer la exitosa trayectoria y otras de aquellas personalidades nacionales como extranjeras, del mundo profesional y académico, que se caracterizan por sus cualidades magisteriales y de investigación, cuyo talento, habilidad, capacidad personal y profesional, les ha permitido sobresalir notoriamente, en los campos de educación, tecnología y cultura, entre otras disciplinas, contribuyendo con sus enseñanzas y producción bibliográfica a incrementar los conocimientos de la comunidad universitaria en general y la comunidad Garcilasina en particular.

Por lo que, sometido a consideración de los señores miembros del Honorable Consejo Universitario, luego del debate correspondiente, acordaron por unanimidad, **APROBAR**, conferir el Grado Académico de Doctor Honoris Causa, al prestigioso y reconocido **Doctor en Derecho Miguel Díaz y García Conlledo**, por su excelente trayectoria personal, profesional y académica.

En uso de las atribuciones conferidas al señor Rector de la Universidad, por la Ley Universitaria N° 30220, en su Artículo 62.1 y concordantes con el artículo 38 inciso e) del Estatuto de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega Asociación Civil

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- APROBAR, conferir el Grado Académico de Doctor Honoris Causa al prestigioso y reconocido **Doctor en Derecho Miguel Díaz y García Conlledo** por su excelente trayectoria personal, profesional y académica.

ARTÍCULO SEGUNDO.- AUTORIZAR, al señor Secretario General de la Universidad, la inscripción correspondiente del Grado otorgado.

ARTÍCULO TERCERO.- APROBAR, rendir cuenta de la presente Resolución, en la próxima sesión de Consejo Universitario para su Ratificación.

ARTÍCULO CUARTO.- PONER EN CONOCIMIENTO, el contenido de la presente Resolución al señor Rector, a los señores Vicerrectores, a los señores Decanos, al Jefe de la Oficina de Relaciones Públicas y Comunicaciones, al Jefe de la Oficina de Planificación Institucional, al Jefe de la Oficina de Marketing e Investigación de Mercado, al Jefe de la Oficina de Economía de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega Asociación Civil y al **Doctor Miguel Díaz y García Conlledo**, para que lo presente alcance su objeto.

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

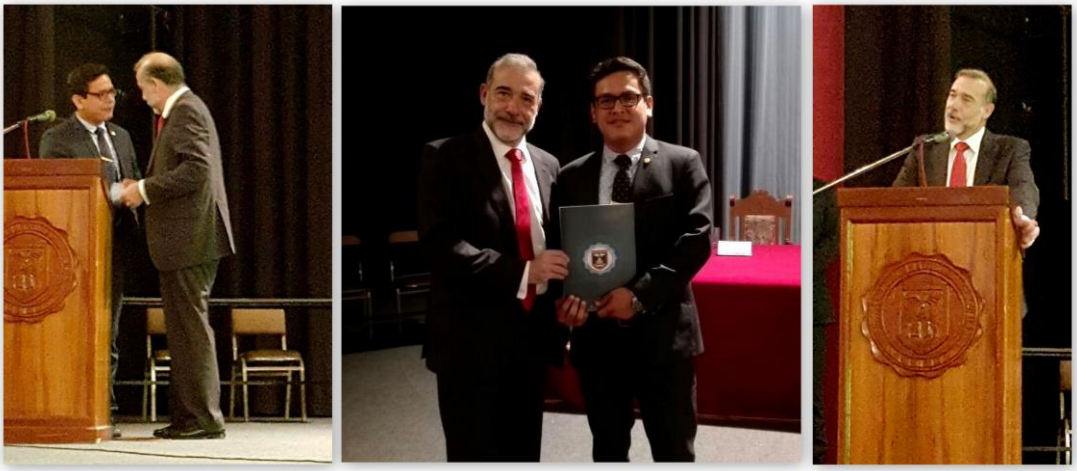
Dr. Luis Cervantes Liñán
RECTOR

Av. Arequipa 1947 - Lima - Tel: 471-1910 Anexo: 1011-1012
Página Web: www.uigv.edu.pe - Email: postmast@uigv.edu.pe

Resolución de 22-7-2016 del Rector de la Univ. Inca Garcilaso de la Vega de Lima, Perú, mediante el que se aprueba la

concesión del Doctorado *honoris causa* al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Díaz y García Conlledo.

Asimismo, con fecha de 29 de julio de 2016 se celebró su investidura como **Doctor *honoris causa*** por la Univ. Nacional de Piura, Perú. Todas las fotos del evento están publicadas en el álbum correspondiente de nuestra Galería, de las cuales se reproduce la siguiente selección:



El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Díaz y García Conlledo durante el acto de investidura por la Univ. Nacional de Piura, Perú, acompañado por el Dr. Cristhian Díaz.

- Entre julio y agosto de de 2016 le han sido concedidas al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña*, Catedrático de la Univ. de Alcalá y Presidente de Honor de la FICP, las siguientes distinciones:

  * **Doctorado *honoris causa*** por la Universidad San Agustín de Arequipa, Perú, cuyo acto de investidura tendrá lugar el próximo 10 de octubre.

  * **Doctorado *honoris causa*** por la Universidad José Carlos Mariátegui de Moquegua, Perú, concedido con fecha de 12 de julio y cuya investidura se celebrará el 11 de octubre.

Universidad José Carlos Mariátegui
VICERRECTORADO ACADÉMICO

Moquegua
Calle Arequipa N° 282 - Cel: 953802286

Ica
Pontejo Isabelbrico Av. Universitaria S/N - Cel: 953003289

"Año de la Consolidación del Mar de Grau"

Moquegua, 12 de Julio de 2016.

OFICIO N° 0493-2016-VIRE.ACAD./UJCM

Señor:
Dr. Diego Manuel Luzón Peña
Catedrático de la Universidad de Alcalá
MADRID - ESPAÑA

De mi mayor Consideración:

Me dirijo a usted para saludarlo muy cordialmente, y al mismo tiempo Sr. Doctor, tengo el honor de dirigirme a su digna persona e indicarle que la finalidad de la presente es hacer de su conocimiento que nuestra Universidad José Carlos Mariátegui de Moquegua – Perú, desea contar con su presencia a fin de que pueda Ud. dictar una Conferencia Magistral sobre un Tema de Interés de su Especialidad, el mismo que servirá para cimentar y reforzar el conocimiento de los estudiantes de la Escuela Profesional de Derecho de esta Casa Superior de Estudios.

Así mismo, debo manifestarle que su visita estará engalanada a su vez con su incorporación a esta Casa Superior de Estudios como Doctor Honoris Causa, en Ceremonia Académica.

Sin otro particular, sea momento propicio para reiterarle los sentimientos de mi mayor consideración y estima personal.

Atentamente,

UNIVERSIDAD JOSÉ CARLOS MARIÁTEGUI
DR. ANGEL MARIO CHAMBERO GUERRA
VICERRECTOR ACADÉMICO

Escrito de 12-7-2016 del Vicerrector de la Univ. José Carlos Mariátegui de Moquegua, Perú,

mediante el que se comunica al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña la concesión de su Doctorado *honoris causa*.

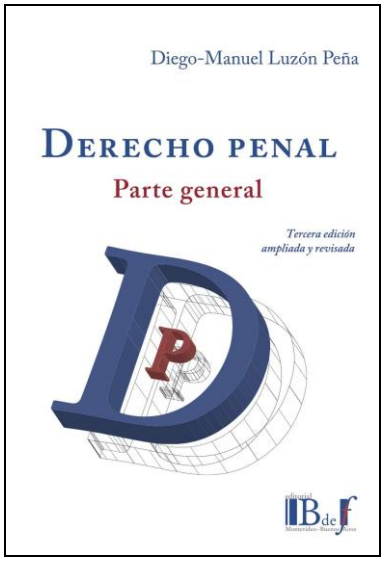
* **Doctorado *honoris causa*** por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega de Lima, Perú, concedido mediante resolución del Consejo Universitario con fecha de 24 de agosto (aquí). El acto solemne de investidura, cuya invitación puede consultarse aquí, tendrá lugar el próximo 13 de octubre.

* Condición de **Profesor Honorario** de la Univ. San Martín de Porres, Lima, Perú, "por su amplia contribución al desarrollo de las ciencias penales". El acto de entrega del título, que le fue concedido el pasado julio, tendrá lugar el 7 de octubre.

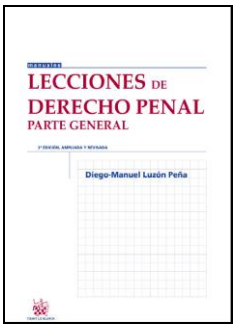
2. Libros y artículos recientes de miembros de la FICP

(i) Patronos (con asterisco los patronos):

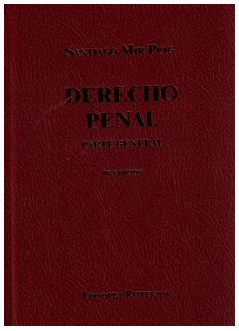
- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Derecho Penal, Parte General, 3.ª ed. ampliada y revisada, Montevideo/Buenos Aires, B de f, 2016, 998 p.



- Luzón Peña, Diego-Manuel*, Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 3.ª ed. ampliada y revisada, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.



- Mir Puig, Santiago*, Derecho Penal, Parte General, con la colaboración de Gómez Martín, Víctor*/Valiente Iváñez, Vicente, 10.ª ed., Barcelona, Reppertor, 2016.



- Corcoy Bidasolo, Mirentxu*/Mir Puig, Santiago* (dirs.), Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y 2/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

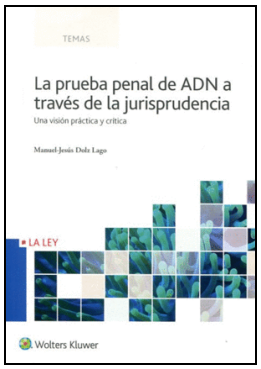
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu* (dir.)/Vera Sánchez, Juan Sebastián (coord.)/Bolea Bardón, Carolina/Cardenal Montraveta, Sergi/Gallego Soler, J.I./Gómez Martín, Víctor*/Santana Vega, Dulce/Fernández Bautista, Silvia/Carpio Briz, David/Díaz Morgado, C./Valiente Iváñez, V./Castellví Monserrat, C., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, T. 1: Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

(ii) Socios (con asterisco los socios):

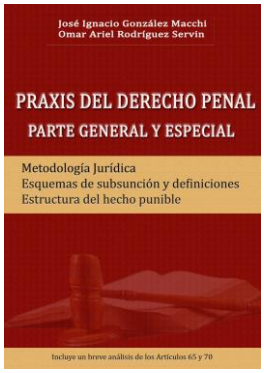
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu (dir.)/Vera Sánchez, Juan Sebastián (coord.)/Bolea Bardón, Carolina*/Cardenal Montraveta, Sergi*/Gallego Soler, J.I.*/Gómez Martín, Víctor/Santana Vega, Dulce*/Fernández Bautista, Silvia*/Carpio Briz, David*/Díaz Morgado, C./Valiente Iváñez, V./Castellví Monserrat, C., Manual

de Derecho Penal, Parte Especial, T. 1: Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados. Actualizado con las LLOO 1/2015 y 2/2015, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, La prueba penal de ADN a través de la jurisprudencia. Una visión práctica y crítica, Madrid, La Ley Actualidad, 2016.



- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Mendacidades y falsedades de los senadores en sus declaraciones de actividades y bienes ante el senado: ¿conducta penal?, Diario La Ley, 8744, 19 de abril de 2016.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Child grooming y sexting: anglaicismos, sexo y menores en el Código Penal tras la reforma del 2015, Diario La Ley, 8758, 10 de mayo de 2016.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, Síntesis jurisprudencial reciente (2014 a 2016) sobre el delito de blanqueo de capitales: tendencias, Diario La Ley, 8773, 1 de junio de 2016.
- Dolz Lago, Manuel-Jesús*, El delito fiscal: algunas claves entre la vieja y nueva jurisprudencia, Diario La Ley, 8803, 14 de julio de 2016.
- Doval Pais, Antonio*, Homicidios y lesiones por imprudencia: evolución, nuevo régimen y límites, La Ley Penal, 119, marzo-abril, 2016.
- González Macchi, José Ignacio* / Rodríguez Servin, Omar Ariel, Praxis del Derecho Penal, Parte general y Especial: metodología jurídica, esquemas de subsunción y definiciones, estructura del hecho punible, Paraguay, 2016.

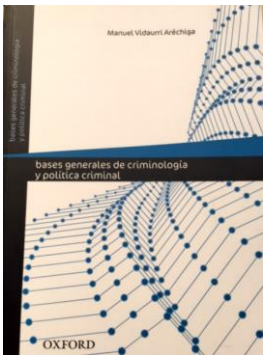


- Martos Núñez, Juan Antonio*, Análisis jurídico penal de la omisión impropia o comisión por omisión, Revista General de Derecho Penal, 25, 2016.

- Moreno Hernández, Moisés*, Fortalezas y debilidades del Código Nacional de Procedimientos Penales, en: VV.AA., Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales", México, Ed. Ubijus, 2015.
- Muñoz García, Miguel Ángel*, Las instituciones del riesgo permitido, el principio de confianza y la prohibición de regreso en el Derecho penal financiero y el lavado de activos, Univ. Externado de Colombia, 2016.

> «En primer lugar, aparece el esbozo de la evolución y el estado actual de la teoría de la imputación objetiva, teniendo en cuenta las posturas de los autores de mayor incidencia en su elaboración progresiva al interior de la teoría del delito. Para el autor, el primer paso que debe darse es el entendimiento de la teoría normativa de los profesores alemanes Frisch y Jakobs y de sus discípulos, en el tratamiento de la imputacón objetiva. Se ocupa, por consiguiente, de la competencia en virtud de organización que implica el deber genérico de respetar a los demás como personas, así como de la competencia institucional y de los debates doctrinales existentes en torno a los delitos de infracción de deber.»

- Vidaurri Aréchiga, Manuel*, Bases generales de criminología y política criminal, Oxford, Oxford University Press, 2016.



3. Cursos, congresos y conferencias de los miembros de la FICP

(i) Ponencias y conferencias en seminarios, congresos o cursos:

a) Presidentes y Patronos (con asterisco los mismos)

- **16 de mayo de 2016**. Conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña*, Catedrático de Derecho Penal y Presidente de Honor de la FICP:

"Omisión y comisión por omisión". Seminario de Docencia e Investigación DP-ULE, organizado por la Univ. de León, España.

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña durante su estancia en Nicaragua, delante de la Fac. de CC. Jcas. de la UCA.

- **7 de julio de 2016**. Conferencia invitada del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña*: "Administración fraudulenta y retribuciones o indemnizaciones a directivos de sociedades". Maestría de Derecho de la Empresa de la Univ. Centroamericana de Nicaragua (UCA) (Dir. Prof. Dra. M. A. Moreno Castillo). Fac. CC. Jurídicas de la UCA, Managua, Nicaragua.

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña durante su conferencia, acompañado, entre otros, de la Prof. Dra. M. Asunción Moreno Castillo, Catedrática de Dcho Penal y Directora de Posgrados (izq.), y del Prof. Dr. Manuel Aráuz Ulloa, Decano de la Facultad de CC Jurídicas de la UCA, ambos patronos FICP.

- **8 de julio de 2016**. Conferencia invitada del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña*: "Delitos de omisión impropia: los criterios de equivalencia con la causación activa del resultado". Conferencia para magistrados de la Corte Suprema de Justicia, magistrados y jueces, organizada por el Instituto de Altos Estudios Judiciales, Poder Judicial de Nicaragua. Corte Suprema de Justicia de Nicaragua (CSJ), Managua, Nicaragua.

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña en compañía de los Excmos. Sr. Dres. Armengol Cuadra (Presidente de la Sala Penal de la CSJ), Aguilar García (Vicepresidente de la CSJ), del Prof. Dr. Aráuz (Decano de la Fac. CC. Jurídicas de la UCA) y de la Dra. Michelle Rizo Pereira (Letrada de la CSJ).

Imágenes del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña durante su ponencia en la CSJ, así como de los folletos del evento.

- **12 de julio de 2016**. Conferencia invitada del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña*: "Imprudencia y delitos imprudentes". Conferencia

invitada por el Decanato de la Fac. CC. Jurídicas de la UCA para alumnos del Pregrado de Derecho. Fac. CC. Jurídicas de la UCA, Managua, Nicaragua.

Imágenes del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña durante y tras su conferencia, acompañado entre otros por los Profs. Dres. Moreno Castillo (arriba, dcha.) y Aráuz Ulloa (imagen superior izq., situado a la dcha del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña).

- **11-15 de julio de 2016**. Curso del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña*: "Delitos de omisión: propia e impropia (vespertino, 20 h.)". Doctorado en Derecho de la UCA (Dir. Prof. Dra. M.A. Moreno Castillo). Fac. CC. Jurídicas de la UCA, Managua, Nicaragua.

Documento acreditativo de la conferencia.

- **16 de julio de 2016**. Conferencia invitada del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña*: "Causalidad e imputación objetiva en la teoría del delito". Postgrado de Derecho, organizado por el Área de Derecho Penal de la UNAN

León (Dir.: Prof. Dr. Marcelo Castillo Monterrey). Facultad de Derecho UNAN, León, Nicaragua.

El Prof. Dr. Dr. h.c.mult. Luzón Peña durante la conferencia, acompañado, entre otros, por los Profs. Dres. José-Zamyr Vega Gutiérrez, A. César Díaz Pérez, Marcelo Castillo Monterrey y D.ª Patricia Martínez Buitrago.

- **18-22 de julio de 2016**. Curso del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña*: "Delitos de peligro y delitos de omisión propia e impropia (vespertino, 18 h.)". Doctorado en Derecho Penal de la Univ. de San Carlos (USC) de Guatemala (Dir. de los Postgrados: Prof. Dr. César Landelino Franco López). USC de Guatemala/Col. María Auxiliadora, Guatemala.

La Dirección del Departamento
De Posgrados Internacionales de la Escuela de Estudios de Posgrado
De la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
De la Universidad de San Carlos de Guatemala

OTORGA EL PRESENTE

Certificado de Participación

A: DR. DIEGO LUZÓN PEÑA

Por su valiosa participación como profesor (a) titular en el programa de
Doctorado en Ciencias Penales
Curso que dictó en la Ciudad de Guatemala del 18 al 22 de julio de 2016
Cohorte 2014-2016
Módulo "Delitos de Peligro y la Dogmática Penal"

"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Guatemala 22 de julio de 2016

Dr. César Landelino Franco López
Director y Coordinador

Certificado acreditativo de la conferencia.

- **21 de julio de 2016**. Conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña*: "Tendencias actuales del Derecho penal y de la política criminal". Conferencia invitada para el Pregrado de Derecho, organizada por el Decanato

de la Facultad CC. Jurídicas de la Univ. San Carlos de Guatemala, la Coordinación del turno matutino y el Prof. Dr. Luis Ramírez García, Presididente del ICPCG (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala) y Prof. de D. Penal. Entrega final pública de Diploma de Honor al Merito. Audit. Máximo Univ. San Carlos, Guatemala.

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña en la Coordinación de Postgrados Internacionales (dir. prof. Dr. César Landelino Franco López) de la Fac. CC. Jcas. de la Univ. San Carlos de Guatemala, acompañado de la coordinadora, Dra. Brenda Alcántara.

Arriba: el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña con alumnos de Licenciatura tras su conferencia y Reconocimiento y Diploma de Honor al Mérito concedidos por la Facultad de CC. Jcas. y Sociales de la Univ. San Carlos. Abajo: el Prof. Luzón delante del Teatro Nacional de Guatemala y junto al Prof. Dr. Luis Ramírez García.

- **21 de julio de 2016.** Conferencia magistral del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo*: "Responsabilidad penal de la persona jurídica".

Dirigida al personal fiscal y administrativo de la sede de la Fiscalía de Lima Sur. Auditorio de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Díaz y García Conlledo durante su conferencia, acompañado por el Dr. Omar Tello Rosales, Presidente de la Junta de Fiscales Superiores.

MINISTERIO PÚBLICO-FISCALÍA DE LA NACIÓN

El Presidente de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Fiscal de Lima Sur otorga el presente

DIPLOMA DE AGRADECIMIENTO

AL:

Dr. Miguel Díaz y García Conlledo

Por su distinguida participación como expositor en la Conferencia Magistral: "Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica", dirigida al personal fiscal y administrativo de la sede fiscal de Lima Sur.

Lima Sur, 21 de julio de 2016

Dr. Omar Tello Rosales
Presidente de la Junta de Fiscales Superiores
Distrito Fiscal de Lima Sur

Certificado acreditativo de la conferencia.

- **22 de julio de 2016.** Conferencia internacional del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo*: "Problemas actuales de la autoría y la participación". Evento organizado por la Escuela de Formación de Auxiliares Jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Lima y el Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial. Auditorio de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Puede consultarse la conferencia en el siguiente enlace.

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Díaz y García Conlledo en la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú y durante la conferencia, acompañado a su derecha por el Dr. César Hinostroza. Arriba a la izquierda, el cartel anunciando su intervención.

Poder Judicial

Certificado

Otorgado a:

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO

Por haber participado en calidad de **EXPOSITOR** en la Conferencia Internacional "Problemas Actuales de la Autoría y Participación" realizada en el Auditorio de la Corte Suprema de Justicia de la Republica del Perú, el día Viernes 22 de Julio de 2016, con una duración de dos horas, organizado por la Escuela de Formación de Auxiliares Jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Lima y el Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial.

Lima, 22 de Julio de 2016

Dr. JOSÉ ANTONIO NEYRA FLORES
DIRECTOR
Escuela de Formación de Auxiliares Jurisdiccionales
Corte Superior de Justicia de Lima

Certificado acreditativo de la conferencia.

- **27-30 de julio de 2016**. Gran ponencia de inauguración del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Díaz y García Conlledo*: "¿Pueden los delitos tributarios constituir delito previo a efectos del de lavado de activos?". IV Jornada Preparatoria XIII CONADEPC Chimbote 2016 "Cuestiones actuales del sistema penal peruano. Crisis y desafíos". Organizada por la Univ. Nacional de Piura, Perú. Auditorio Central "Manuel Moncloa y Ferreyra". Perú.

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo durante su ponencia de innauguración. A la derecha, los carteles de la ponencia y de las jornadas.

- **5 de agosto de 2016**. Conferencias del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña*:

  Mañana: "Culpabilidad y libertad" y coloquio con Defensores Públicos de Concepción, Chile, en la Fac. de Derecho de la Univ. Católica de la Santísima Concepción, Chile.

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña durante su conferencia, acompañado por el Prof. Dr. Náquira Rivero.

  Tarde: "Culpabilidad, libertad y neurociencias". Magíster en Derecho Penal (Director: Prof. Dr. Jaime Náquira Rivero, Catedrático de la Univ. Católica de Chile), Facultad de Derecho, Univ. Católica de la Santísima Concepción, Chile.

Arriba, el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña tras su confererencia de la tarde en el Magister en D. Penal (dir. Prof. Dr. J. Náquira) de la Univ. Católica de la Santísima Concepción y acompañado por los Profs. Dr. Jaime Náquira Riveros (izq.) y Gonzalo Elgueta Ortiz (dcha.). Abajo, un momento de la conferencia y cartel.

- **8 de agosto de 2016.** Conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña*, organizada por la Asociación Nacional de Fiscales de Chile. Salón Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte. Santiago, Chile. Durante el evento se le hizo entrega al ponente de una medalla en honor y reconocimiento de su carrera.

El Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña acompañado de los fiscales Profs. Ernesto Vásquez, presidente de la Asociación (derecha), y Víctor Manuel Vidal (izquierda), la Dra. Ángela Moreno Bobadilla, Directora Dpto. Der. Público Univ. Central de Chile, y (arriba) el Prof. Dr. Jaime Náquira Riveros, Titular (catedrático) de D. Penal Univ. Católica de Chile.

Cartel del evento e imágenes de la presentación del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña por el Prof. Ernesto Vásquez Barriga, Presidente de la Asociación, y de la propia ponencia.

Imágenes de la entrega por el Prof. Vïctor Manuel Vidal al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón de la medalla de la Asociación de Fiscales de Chile "en honor y reconocimiento", así como de varios obsequios por el Prof. Ernesto Vásquez, Presidente de la Asociación.

- **8 de agosto de 2016**. Conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña*: "Culpabilidad, libertad y neurociencias", en la Licenciatura de Derecho, Facultad de Derecho, Univ. Católica de Chile, Santiago de Chile (Director y organizador: Prof. Dr. Jaime Náquira Rivero, Catedrático de esta Universidad).
- **9 de agosto de 2016**. Conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña*: "Culpabilidad y libertad" y coloquio con el Decano y los profesores del área de Derecho Penal de la Fac. de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Santiago de Chile.
- **11 de agosto de 2016.** Conferencia magistral del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Miguel Díaz y García Conlledo*: "Autoría y participación". Congreso Internacional de Ciencias Penales, organizado por la Univ. Autónoma Latinoamericana, Medellín. Auditorio Rafael Uribe Uribe, Medellín, Colombia.
- **11 de agosto de 2016**. Conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña*: "Delitos de omisión impropia o comisión por omisión". Corte Superior de Apelaciones, Asociación de Magistrados y Defensoría Pública de la región de Antofagasta, Chile.
- **12 de agosto de 2016.** Conferencia/ponencia inaugural del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña*: "Culpabilidad, libertad y neurociencias". IX Jornadas del Norte de Derecho Penal y Procesal Penal (Dir.: Prof. Dr. Christian Scheechler Corona), organizadas por Univ. Católica del Norte. Antofagasta, Chile.

Arriba: el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña durante su conferencia/ponencia inaugural y acompañado por el Prof. Carlos Cabezas (Univ de Antofagasta) y el Dr. Christian Scheechler Corona (Univ. Católl. del Norte, Dir. de las Jornadas). Abajo: el Prof. Dr. Jaime Náquira Riveros durante su conferencia y un momento tras las IX Jornadas: de izq. a dcha., los Profs. Dr. Jonatan Valenzuela Saldías (Univ. de Chile), Dr. J. Náquira, Dra. Mª Magdalena Ossandón (Pontif U. Catól Chile), Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Luzón Peña, Prof. Cristian Aguilar (Prof. Titular U.Central de Chile y Fiscal jefe región de Antofagasta) y Dr. Chr. Scheechler.

Programa de las IX Jornadas y certificado acreditativo de la conferencia/ponencia inaugural

Todas las fotos de las respectivas visitas a Nicaragua, Guatemala, Perú y Chile de los Profs. Dres. Dres. h.c. mult. Diego-Manuel Luzón Peña y Miguel Díaz y García Conlledo están publicadas en los álbumes correspondientes de nuestra Galería.

b) Socios (con asterisco los socios)

- **5 de mayo de 2016.** Conferencia del Prof. Dr. José Luis González Cussac*: "Terrorismo y criminalidad organizada como amenazas a la seguridad nacional". Seminario de Docencia e Investigación DP-ULE, organizado por la Univ. de León. León, España.

- **13 de julio de 2016.** Ponencia del Prof. Dr. Fernando Botero Bernal*: "¿Algo más que decir sobre la inimputabilidad?". I Jornada Académica sobre Derecho y Psicología: Justicia, Sujeto y Acto criminal. Organizada por la Univ. de Medellín. Auditorio del Bloque Héctor Ospina Botero, Medellín, Colombia.

- **12 de agosto de 2016.** Conferencia del Prof. Dr. Jaime Náquira Riveros*: "Art. 10, nº 11º CP: Estado de necesidad exculpante". IX Jornadas del Norte de Derecho Penal y Procesal Penal (Dir.: Prof. Dr. Christian Scheechler Corona), organizadas por Univ. Católica del Norte. Antofagasta, Chile.

- **22 de septiembre de 2016.** Conferencia del Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos*: "Disertación sobre formas y estándares de imputación penal por complicidad individual en crímenes internacionales". Moderadores: Profs. Dres. Javier A. de Luca* y Daniel Pastor. Organizada por el Grupo Nacional Argentino de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) y el Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, Univ. de Buenos Aires, Argentina.

(ii) Organización de congresos, seminarios y cursos:

a) Presidentes y Patronos (con asterisco los mismos)

- **Seminario de Docencia e Investigación DP-ULE**

  5 y 16 de mayo de 2016. Seminario organizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP. Dirección: Prof. Dr. Miguel Díaz y García

Conlledo*.

- **Coloquios triangulares y su proyección innovadora (*service-learning*) al ámbito universitario y a la sociedad (II):**

  25 y 26 de mayo de 2016. Con motivo del "XX Aniversario de la entrada en vigor del Código Penal". Coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de León y la FICP. Director: Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo*. Salón de Actos de la Facultad de Derecho, Univ. de León (España).

- **XIX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, sobre "Derecho penal general y de empresa".**

  2 y 3 de junio de 2016. Coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y la FICP (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña*; coords.: Profs. Dres. Raquel Roso Cañadillas* y José-Zamyr Vega Gutiérrez y Profs. E. Luzón Campos*, Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz y Lina M.ª Cardona Cardona). Facultad de Derecho, Univ. de Alcalá (España).

- **XVII Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, sobre "Análisis económico del Derecho y Derecho Penal".**

  Jueves 7 y viernes 8 de julio de 2016 (el jueves por la tarde y el viernes por la mañana). Coorganizado por las Áreas de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Univ. de León y la FICP. Facultad de Derecho, Univ. de León (dirs.: los patronos Profs. Dres. Miguel Díaz y García Conlledo* y Juan Antonio García Amado*, Catedráticos de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, respectivamente).

b) Socios (con asterisco los socios)

- **XIX Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, sobre "Derecho penal general y de empresa"**

  2 y 3 de junio de 2016. Coorganizado por el Área de Derecho Penal de la Univ. de Alcalá y la FICP (dir.: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Diego-M. Luzón Peña; coords.: Profs. Dres. Raquel Roso Cañadillas y José-Zamyr Vega Gutiérrez* y Profs. E. Luzón Campos, Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz* y Lina M.ª Cardona Cardona*). Facultad de Derecho, Univ. de Alcalá (España).

- **XXXIX Curso de Especialización en Derecho**

  8-24 de junio de 2016. Organizado por la Fundación General de la Univ. de Salamanca. Directores del programa sobre "Derecho Penal, parte especial: nueva delincuencia": el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre* y la Prof. Dra. Ana Isabel Pérez Cepeda*, Catedráticos ambos de Derecho Penal. Salamanca (España). Salamanca (España).

- **Máster en prevención, control y reacción ante la corrupción: *public compliance*, buen gobierno y buena administración (2016-2018)**

  Preinscripción: 15 de septiembre - 30 de octubre de 2016. Facultad de Derecho, Univ. de Barcelona. Directores: Profs. Dres. Joan Josep Queralt* y Juli Ponce Solé.

  El objetivo del máster es formar personal altamente especializado en la prevención, el control y la reacción ante la corrupción en el sector público, incluida la Administración de Justicia y la Fiscalía, y en el sector privado.

  En conexión con la Oficina Antifraude de Cataluña, dentro del marco de colaboración entre dicha oficina y la UB, y como consecuencia de un amplio contacto e intercambio de experiencias que ya tiene varios años de vida, se quiere crear este máster que verse no únicamente sobre aspectos punitivos, sino, especialmente, sobre aspectos preventivos, perspectiva poco considerada en el discurso anti corruptivo.

- **Seminario Internacional sobre Personas jurídicas y responsabilidad criminal: imputación (atribución, limitación, exclusión) y coautoría con personas físicas. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, garantías e imputación**

  4 y 5 de octubre de 2016. Organizado por la Facultad de Derecho y la Escuela de Posgrado de la Univ. de Barcelona, así como por el Instituto de Investigación TransJus. Director: Prof. Dr. Joan Josep Queralt*, Catedrático de Derecho Penal. Coordinadores: Prof. Dr. David Carpio Briz* y Prof. Carlos Castellví Monserrat. Salón de Grados de la Facultad de Derecho, Barcelona.